ADJAIR DE ANDRADE CINTRA

# APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS CRIMES QUE TUTELAM BENS JURÍDICOS DIFUSOS

TESE DE DOUTORADO

PROFESSOR ORIENTADOR DAVID TEIXEIRA DE AZEVEDO

FACULDADE DE DIREITO

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2011

ADJAIR DE ANDRADE CINTRA

# APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS CRIMES QUE TUTELAM BENS JURÍDICOS DIFUSOS

Tese de doutorado apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Penal, sob a orientação do Professor Doutor David Teixeira de Azevedo.

FACULDADE DE DIREITO

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2011

# ÍNDICE

**1. INTRODUÇÃO ..... 6**

**2. O BEM JURÍDICO ..... 8**

2.1. A TEORIA CONSTITUCIONALISTA ..... 12
2.2. O ABANDONO DO BEM JURÍDICO ..... 19
2.3. A FLEXIBILIZAÇÃO E A RELATIVIZAÇÃO DO BEM JURÍDICO ..... 25
2.4. POSIÇÃO ADOTADA ..... 29

**3. O BEM JURÍDICO DIFUSO ..... 34**

3.1. TEORIAS MONISTAS E DUALISTAS ..... 37
3.2. A PROTEÇÃO PENAL DO BEM JURÍDICO DIFUSO ..... 44
*3.2.1. O crime de perigo abstrato ..... 45*
*3.2.2. O crime cumulativo ..... 50*
*3.2.3. O crime de mera desobediência ..... 53*

**4. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA ..... 56**

4.1. O ADÁGIO ROMANO *MINIMA NON CURAT PRAETOR* ..... 59
4.2. FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA ..... 62
*4.2.1. O princípio da dignidade da pessoa humana ..... 62*
*4.2.2. O princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos e o princípio da ofensividade ..... 67*
*4.2.3. O princípio da intervenção mínima ..... 70*
*4.2.4. O princípio da fragmentariedade ..... 72*
*4.2.5. O princípio da proporcionalidade ..... 73*
4.3. NATUREZA JURÍDICA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA ..... 76
*4.3.1. A antijuridicidade ..... 76*
*4.3.2. Insignificância absoluta e insignificância relativa ..... 81*
*4.3.3. Delito bagatelar próprio e impróprio ..... 90*
*4.3.4. Insignificância tributária ..... 91*

**5. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ..... 94**

5.1. PRIMEIRAS DECISÕES ..... 94
*5.1.1. HC 66.869-1/PR ..... 94*
*5.1.2. HC 70.747-5/RS ..... 96*
*5.1.3. AC 439-1/SP ..... 97*
5.2. ACÓRDÃO PARADIGMA (*HC 84.412-0/SP*) ..... 98
*5.2.1. "Mínima ofensividade da conduta do agente" ..... 99*
*5.2.2. "Nenhuma periculosidade social da ação" ..... 100*
*5.2.3. "Reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento" ..... 102*
*5.2.4. "Inexpressividade da lesão jurídica provocada" ..... 104*
5.3. POSIÇÃO ADOTADA ..... 105

**6. O BEM JURÍDICO DIFUSO E O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA ..... 109**

6.1. APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS CRIMES QUE TUTELAM BENS JURÍDICOS DIFUSOS ..... 110
6.2. A INSIGNIFICÂNCIA E OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO ..... 112
6.3. A INSIGNIFICÂNCIA E OS CRIMES CUMULATIVOS ..... 116

**7. CONCLUSÃO ..... 120**

**8. BIBLIOGRAFIA ..... 127**

**9. ANEXOS ..... 147**

9.1. *HC 66.869-1/PR* ..... 147
9.2. *HC 70.747-5/RS* ..... 155
9.3. *AC 439-1/SP* ..... 167

9.3. *HC 84.412-0/SP* ..... 181
**RESUMO** ..... **196**
**ABSTRACT** ..... **197**
**RIASSUNTO** ..... **198**

# 1. INTRODUÇÃO

Esta investigação tem por escopo analisar o princípio da insignificância e sua aplicabilidade em relação aos crimes que tutelam bens jurídicos difusos. Muitos julgados dos Tribunais pátrios simplesmente afastam a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância em relação, por exemplo, ao meio ambiente (bem jurídico difuso por natureza), exatamente por sua natureza supraindividual, sem todavia justificar esta restrição ao âmbito de aplicação deste princípio.

Assim, buscaremos estudar tais conceitos (princípio da insignificância e bem jurídico difuso) para poder justificar essa exclusão ou então reconhecer a possibilidade de convívio entre eles, investigação que ainda não se fez de forma adequada na doutrina brasileira.

Metodologicamente, todavia, é impositiva a inversão na ordem de estudo dos dois principais temas objeto desta reflexão: o princípio da insignificância e o bem jurídico difuso. A razão da inversão está no fato de que o próprio conceito de bem jurídico vem sofrendo inúmeros questionamentos.

Faz-se necessário, desta forma, analisar em primeiro lugar a utilidade e a operacionalidade do bem jurídico, e qual o seu papel na sociedade. Para tanto, veremos brevemente o desenvolvimento do conceito de bem jurídico.

Em seguida, veremos quais são os questionamentos que se apresentam em relação à manutenção do bem jurídico como instrumento limitador do Direito Penal, bem como as contribuições de parte da doutrina: a flexibilização e a relativização do bem jurídico, e até o seu total abandono, bem como a manutenção de um conceito inflexível de bem jurídico.

Após tais análises, veremos especificamente o conceito do bem jurídico difuso, as características que o diferenciam do bem jurídico individual, bem como as polêmicas formas de proteção que o ordenamento penal costuma dispensar em relação a ele: o crime de perigo abstrato, o crime cumulativo (ou delito de acumulação) e o crime de mera conduta.

Superado esse ponto, passaremos à segunda parte do trabalho, analisando o princípio da insignificância, seu surgimento, sua fundamentação e sua natureza jurídica.

Analisaremos, também, quatro importantes decisões do Supremo Tribunal Federal que tratam do princípio da insignificância: a primeira a cuidar do tema; a decisão que foi objeto de crítica de Luis Luisi; a decisão pioneira relativa a crimes ambientais; e a decisão paradigmática que passou a orientar as decisões seguintes, trazendo vetores da insignificância.

Por fim, confrontaremos tais objetos de estudo, para então cuidar da aplicabilidade do princípio da insignificância em relação aos bens jurídicos difusos, com especial atenção aos crimes de perigo abstrato e aos crimes cumulativos.

## 2. O BEM JURÍDICO

É da essência do direito penal proteger bens jurídicos. Desde os códigos da Antiguidade já se pode vislumbrar a proteção da vida e patrimônio, por exemplo, apesar de inexistente o conceito estruturado de bem jurídico.

Uma visão mais acurada perceberá que tanto na legislação penal romana como no capítulo penal das Ordenações Afonsinas, por exemplo, os crimes eram classificados de acordo com o bem jurídico protegido, ainda que de modo não sistemático e sem a conscientização da existência do conceito e de sua funcionalidade**.**

A bem ver, a concepção de bem jurídico é algo relativamente recente. O surgimento do conceito de bem jurídico é fruto (ainda que de maneira indireta) das idéias iluministas.

A filosofia iluminista buscava estabelecer uma ordem firmada na razão humana e no conhecimento empírico, e voltada para o progresso da própria humanidade. Prega-se a separação entre Estado e Igreja (secularização), e o Direito deixa de ser a expressão da vontade divina e passa a ser produzido pelos homens em decorrência da natureza das coisas[1]. O surgimento do Estado passa a ser explicado segundo um hipotético contrato social.

O crime deixa de ser apenas um pecado, uma violação ética, para ser a violação ao contrato social[2]-[3]. Para Beccaria[4], que segue os ensinamentos de Montesquieu, o crime é um atentado contra a soberania do Estado, devendo ser categorizado com base na utilidade ou no interesse lesado (crimes contra a existência da sociedade, crimes contra os particulares e crimes contra a tranquilidade pública)[5].

---

[1] MONTESQUIEU. *O espírito das leis*, p. 11.
[2] PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*, p. 25.
[3] Não há dúvidas de que o delito continua trazendo uma carga valorativa negativa. A maioria das condutas tipificadas como crime também são consideradas contrárias à moral. Mas o que legitima a incriminação de tais condutas deixa de ser o simples fato de que estas condutas são consideradas pecados, condutas antiéticas ou contrárias à moral.
[4] BECCARIA. *Dos delitos e das penas*, p. 20.
[5] BECCARIA. *Dos delitos e das penas*, p. 89.

É nessa ideia de *interesse lesado*, afastando-se a identificação entre crime e moral[6], que está o embrião do conceito de bem jurídico.

Seguindo as ideias iluministas, em especial o contrato social e a secularização do Direito, Feuerbach defendeu que o Estado, em razão das suas finalidades, "só poderia intervir penalmente quando fosse presente um delito que viesse a lesionar algum direito"[7], como lembra Renato de Mello Jorge Silveira.

O delito, dessa forma, "seria sempre a violação de um direito subjetivo variável, de acordo com a alteração da espécie delitiva e pertencente à pessoa (física ou jurídica) ou ao Estado"[8].

Na verdade, o delito não viola o direito subjetivo, que se mantém intacto, já que a ofensa atinge o objeto deste direito subjetivo. O direito, que é a relação entre o seu titular e o objeto, permanece ileso. O seu objeto é que sofre a lesão causada pelo delito. O direito à vida, ao patrimônio, à honra não é atingido pelo delito, que atinge o próprio objeto do direito (vida, patrimônio, honra)[9].

Mas este conceito de direito subjetivo só foi superado com Birnbaum.

Birnbaum, como ensina Luiz Flávio Gomes, não chegou a usar a expressão *bem jurídico* (*Rechtsgut*), mas é considerado como sendo o primeiro autor a trazer a ideia de bem (material) como objeto de tutela do direito penal, diversamente do que era defendido pelo Iluminismo, que fundamentava o poder punitivo estatal na *danosidade social* e na *violação de direitos subjetivos (Rechtsverletzung)*[10].

Por tal concepção, a conduta criminosa deveria ofender não apenas simples direitos, mas bens existentes no mundo do ser (objeto material) e valorados pelo Estado[11], ante sua importância para uma pessoa ou para a coletividade. "A tese de *bens* de Birnbaum estabeleceu, ainda que não vislumbrasse toda nitidez necessária, bases sólidas para que as

---

[6] BECCARIA. *Dos delitos e das penas*, p. 90.
[7] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*, p. 38.
[8] PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*, p. 24.
[9] D'ÁVILA, Fabio Roberto. *O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. Elementos para a legitimação do direito penal secundário*, p. 79.
[10] GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal – introdução e princípios fundamentais*, p. 254.
[11] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*, p. 40.

posteriores investigações envolvendo o objeto de tutela jurídico-penal pudessem aprimorá-la, como de fato ocorreu especialmente pelas contribuições de Binding e Lizst"[12].

Nova mudança veio com o Positivismo jurídico, em especial com Karl Binding, a quem se atribui a criação do termo *bem jurídico* (*Rechtsgut*), em 1872[13].

Para Binding, o delito seria a lesão de um direito subjetivo do Estado, pela violação a um dever de obediência a este Estado. Mas esta lesão ocorreria apenas quando houvesse uma agressão a um bem jurídico[14]. Haveria, assim, "congruência entre a norma e o bem jurídico"[15], já que *bem jurídico* seria tudo o que fosse selecionado pelo legislador como condição para uma vida saudável em comunidade [16], ou seja, "o bem jurídico-penal funda-se apenas no direito positivo vigente"[17].

Lizst, outro positivista, entende que "bem jurídico é o interesse juridicamente protegido"[18]. Este interesse surgiria no mundo do ser, e a proteção normativa o elevaria à condição de bem jurídico[19].

Significa compreender que o bem jurídico seria um interesse real do individuo ou da comunidade que o legislador selecionaria como objeto de proteção do direito penal. "Firma-se uma conceituação liberal de bem jurídico que precede o direito positivo, e independe dele, sendo endereçada mais ao legislador"[20].

Cria-se uma concepção material de delito, que seria "uma lesão ou perigo de lesão a um interesse vital garantido pela norma (bem jurídico)"[21]. E "esta constatação terá efeitos práticos, especialmente no que se refere à distinção, por Liszt introduzida, entre ilicitude formal (violação da norma) e ilicitude material (ofensa de interesses juridicamente protegidos)"[22].

---

[12] SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais*, p. 54.
[13] SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais*, p. 55.
[14] PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*, p. 27.
[15] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*, p. 43.
[16] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*, p. 44.
[17] SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais*, p. 57.
[18] GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal – introdução e princípios fundamentais*, p. 255.
[19] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*, p. 44.
[20] PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*, p. 30/31.
[21] PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*, p. 31.
[22] SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais*, p. 62.

O pensamento neokantiano, diversamente, não concebia o bem jurídico como preexistente à norma[23], mas decorrente da vontade legislativa[24], sendo então um valor cultural, o que o tornaria um "simples método interpretativo"[25].

Segundo Luiz Flávio Gomes, "o que importa, nesta concepção, não é o que está na essência da norma (o bem jurídico protegido), senão a vigência (formal) da própria norma"[26]. Assim, o delito passa a ser a simples violação de um dever.

Todavia, após a Segunda Guerra Mundial, há um retorno às concepções de bem jurídico como delimitador do poder punitivo estatal[27]. Surgem as teorias sociológica e constitucional.

No contexto da teoria sociológica, merecem destaque os autores Knut Amelung e Winfried Hassemer.

Amelung elege a danosidade social como fundamento do direito penal, sendo o bem jurídico o critério de aferição dessa nocividade social[28]. Retoma, todavia, o conceito de Bindig de bem jurídico, configurando este tudo o que fosse selecionado pelo legislador como condição para uma vida saudável em comunidade[29].

Para Hassemer, neste momento, os bens jurídicos seriam considerados em uma perspectiva político-criminal. O "legislador não está totalmente livre na seleção do bem jurídico, ao contrário, está discricionariamente vinculado a uma escala de valores"[30] e às necessidades sociais. "Noutras palavras, isso redunda que uma racional proteção de bens jurídicos necessita *acordos sociais normativos* sobre o valor de um determinado bem jurídico e o ato de legislar significa a concreção de dito acordo"[31]. Hassemer, todavia, acabou por mudar sua visão a respeito do bem jurídico, desenvolvendo sua particular compreensão de bem jurídico pessoal, como será visto posteriormente.

---

[23] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*, p. 47.
[24] SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais*, p. 66.
[25] PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*, p. 31/32.
[26] GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal – introdução e princípios fundamentais*, p. 257.
[27] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*, p. 49.
[28] PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*, p. 33.
[29] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*, p. 49.
[30] GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal – introdução e princípios fundamentais*, p. 258.
[31] SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais*, p. 77.

As teorias sociológicas, todavia, não desenvolvem um conceito material de bem jurídico, razão pela qual foram severamente criticadas[32], e acabaram por ser superadas pela teoria constitucionalista.

**2.1. A Teoria Constitucionalista**

A doutrina majoritária passou a entender que o conceito de bem jurídico deve ser extraído da Constituição, que seria o parâmetro para todas medidas de política criminal[33].

A razão desse entendimento está no fato de que a categoria dogmática do bem jurídico, para Miguel Polaino Navarrete, "constitui, frente aos objetos do mundo real capazes de alteração, o expoente mais elevado dos valores ideais da ordem social que garantem a manutenção e desenvolvimento das condições fundamentais de segurança, prosperidade e nobreza da convivência humana em sociedade, e, enquanto tal, se apresenta como suscetível de lesão ou colocação em perigo de forma jurídico-penalmente relevante"[34].

O ápice do ordenamento jurídico, a Constituição, é que deve reconhecer e assim garantir a proteção destes "mais elevados valores ideais da ordem social".

Dessa forma, pela teoria constitucionalista, os bens jurídico-penais devem ser necessariamente extraídos da Constituição do Estado, devendo, assim, manter fidelidade aos valores reconhecidos, expressa ou implicitamente, no seu texto. A Constituição seria, nestes termos, "uma espécie de 'carta-catálogo' e ao mesmo tempo fonte soberana dos objetos de tutela jurídico-penais"[35].

Ora, se todo o ordenamento jurídico encontra embasamento no texto constitucional, com mais razão o conceito de bem jurídico deve ter o mesmo embasamento, ante o forte vínculo existente entre o Direito Penal e a Constituição. "O ponto de partida da tese de que a *Constituição* exerce direta influência no conteúdo das normas penais consiste em considerar que os valores básicos constitucionalizados

[32] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*, p. 50.
[33] PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*, p. 52.
[34] NAVARRETE, Miguel Polaino. *El bien jurídico en el derecho penal*, p. 89 (tradução do autor).
[35] SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais*, p. 84/85.

constituem os elementos axiológicos, de natureza ético-jurídica, que conferem unidade, fundamento e legitimidade ao conjunto da ordem jurídico-política da comunidade"[36].

Para Roxin "a função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura"[37], ou seja, "garantir a todos os cidadãos uma vida em comum livre de perigos"[38].

Como a função do direito penal é garantir a existência pacífica, livre e segura a todos, ele está restrito a tipificar como crimes apenas as condutas que violem circunstâncias necessárias para garantir a todos uma vida segura e livre, e o funcionamento de um sistema estatal que se baseie nestes objetivos.

É desta ideia que Roxin extrai o conceito de bem jurídico. Com efeito, para este autor os bens jurídicos configuram "circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos"[39], sendo que este conceito "não pode ser limitado, de nenhum modo, a bens jurídicos individuais; ele abrange também bens jurídicos da generalidade"[40].

Assim também Miguel Polaino Navarrete, para quem o bem jurídico é tema afeto "aos valores fundamentais da vida comunitária, cuja garantia jurídica constitui-se imprescindível condição do próspero desenvolvimento da própria convivência humana e em cuja manutenção inalterada e incólume possui o Ordenamento positivo um interesse que pretende assegurar com suas normas, frente a indesejadas lesões ou colocações em perigo"[41].

Em razão dessa finalidade do Direito Penal, estariam incluídos no conceito de bem jurídico "não somente as condições individuais para uma coexistência semelhante (isto é, a proteção da vida e do corpo, da liberdade de atuação voluntária, da propriedade etc.), mas também as instituições estatais adequadas para este fim (uma administração de

[36] GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*, p. 87.
[37] ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*, p. 16.
[38] ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*, p. 27.
[39] ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*, p. 18/19.
[40] ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*, p. 19.
[41] NAVARRETE, Miguel Polaino. *El bien jurídico en el derecho penal*, p. 266 (tradução do autor).

justiça eficiente, um sistema monetário e de impostos saudáveis, uma administração livre de corrupção etc.)"[42].

É exatamente a Constituição que deve definir quais são estas condições individuais e coletivas para uma vida em sociedade, bem como as instituições públicas necessárias para assegurá-la. Roxin bem resume as razões para tanto:

> "Em cada situação histórica e social de um grupo humano os pressupostos imprescindíveis para uma existência em comum se concretizam numa série de condições valiosas como, por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade de actuação ou a propriedade, as quais todo o mundo conhece; numa palavra os chamados bens jurídicos; e o direito penal tem que assegurar esses bens jurídicos, punindo a sua violação em determinadas condições. No Estado moderno, junto a esta protecção de bens jurídicos previamente dados, surge a necessidade de assegurar, se necessário através dos meios do direito penal, o cumprimento das prestações de caráter público de que depende o indivíduo no quadro da assistência social por parte do Estado. Com esta dupla função, o direito penal realiza uma das mais importantes das numerosas tarefas do Estado, na medida em que apenas a protecção dos bens jurídicos constitutivos da sociedadede e a garantia das prestações públicas necessárias para a existência possibilitam ao cidadão o livre desenvolvimento da sua personalidade, que a nossa constituição considera como pressuposto de uma condição digna"[43].

Este também é o entendimento de Rudolphi, lembrado por Luiz Regis Prado, para quem todos os valores essenciais de um Estado devem ter embasamento na Constituição, o que faz com que o legislador infraconstitucional esteja necessariamente vinculado a proteger penalmente apenas os bens jurídicos que possam ser extraídos do texto constitucional, ou seja, bens prévios ao ordenamento penal[44].

A crítica a essa definição é que seria *vazia* de conteúdo, podendo se amoldar a qualquer ideologia, não possuindo assim capacidade para limitar o poder estatal. Como observa Luiz Flávio Gomes, "se se considera ademais que todo tipo de Estado ou de

---

[42] ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*, p. 18.
[43] ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*, p. 27/28.
[44] PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*, p. 53.

regime político já se valeu do conceito de bem jurídico para concretizar suas finalidades e convicções ou ideologias, incluindo o nazismo, cujos autores, num primeiro momento, desprezaram tal conceito, mas, depois, não tiveram dificuldades para aceitá-lo, pode-se concluir que é da sua natureza ser exclusivamente ou tendencialmente *formal*, de tal modo que se apresenta útil para qualquer modelo de política criminal"[45].

Realmente, o próprio Roxin admite que o conceito de bem jurídico não resolve de imediato esse problema, eis que não traz um conteúdo predefinido, capaz de ser aplicado por meio de simples subsunção e dedução. O conteúdo do bem jurídico deve ser definido através dos fins próprios do direito penal, a partir dos quais se extrai aquilo que se pode considerar digno de proteção por meio do ordenamento penal. Os bens jurídicos, pois, seriam derivados das finalidades do direito penal[46]. E exatamente por não apresentar um conteúdo expressamente definido é que o bem jurídico deve buscar embasamento no texto constitucional.

A Constituição traz em seu corpo um sistema axiológico que deve obrigatoriamente ser tomado como parâmetro de qualquer norma infraconstitucional integrante do ordenamento jurídico. Por essa razão, a elaboração das normas, bem como sua posterior interpretação e aplicação, devem ser norteadas pelos valores selecionados pelo constituinte como sendo os valores fundantes do Estado. A norma penal segue o mesmo critério, sendo a obediência aos valores constitucionais exigência para sua validade material[47].

Por consequência, é a Constituição de um Estado que deve definir os bem jurídicos que podem ser objetos da tutela penal. O bem jurídico não pode ser interpretado como a mera *ratio legis*, devendo-se buscar uma conceituação material para o bem jurídico[48].

Sob a perspectiva material o legislador não é o criador do bem jurídico, mas apenas eleva à categoria de bem jurídico o que a sociedade já considera como sendo um valor digno de proteção. A Constituição é exatamente o texto normativo que tem a função de reconhecer "o que constitui os fundamentos e os valores de uma determinada época"[49].

---

[45] GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*, p. 61.
[46] ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*, p. 61.
[47] GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal – introdução e princípios fundamentais*, p. 261.
[48] ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*, p. 62.
[49] PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*, p. 83.

Dessa forma, tem razão Luiz Régis Prado quando afirma que "o conceito material de bem jurídico reside, então, na realidade ou experiência social, sobre a qual incidem juízos de valor, primeiro do constituinte, depois do legislador ordinário. Trata-se de um conceito necessariamente *valorado* e *relativo*, isto é, válido para um determinado sistema social e em um dado momento histórico-cultural. Isso porque seus elementos formadores se encontram condicionados por uma gama de circunstâncias variáveis imanentes à própria existência humana"[50].

Todavia, como bem observa Francesco Angioni, "a constituição não é feita como elenco de bens jurídicos, mas ao invés tem a função de fixar as características normativas e organizativas fundamentais que devem presidir ao novo estado e à nova sociedade, e portanto ela não prevê necessariamente nas suas disposições bens que por muitos são considerados por si mesmo merecedores de tutela penal"[51].

Assim, não se pode restringir a definição de bem jurídico aos objetos e aos valores nele imantados expressamente indicados na Constituição, eis que muitos são anteriores à positivação e estão subjacentes ao texto constitucional. Não se pode, por outro lado, apesar de ser uma tese muito defendida[52], entender como justa ou sequer aceitável a "conclusão tradicional que é legítima também a tutela (penal) de bens jurídicos não mencionados na constituição, sempre que com ela não incompatível"[53].

Ora, se o bem jurídico, em sua angulação penal, deve ser entendido como as condições fundamentais para a vida em coletividade e pleno desenvolvimento das capacidades do homem, não há como se aceitar que qualquer interesse que simplesmente não seja contrastante com a Constituição possa ser considerado um valor fundamental, supondo que sua violação colocaria em risco a continuidade da vida em coletividade.

No entanto, como a função da Constituição não é a de ser um *catálogo* de bens jurídicos, mas uma declaração das formas e valores de um Estado, é deste conjunto que devem ser extraídos os bens jurídicos a serem penalmente tuteláveis.

Assim, bens jurídicos devem ser explícita ou implicitamente indicados pela Constituição de um Estado. Com razão, portanto, Francesco Angioni, quando afirma que

---

[50] PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*, p. 88.
[51] ANGIONI, Francesco. *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, p. 195 (tradução do autor).
[52] P. ex, GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal – introdução e princípios fundamentais*, p. 260/268.
[53] ANGIONI, Francesco. *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, p. 195 (tradução do autor).

"com esta fórmula o campo dos bens relevantes se alarga até a compreender também aqueles implícitos. Tal dilatação é metodologicamente admissível enquanto a constituição é texto sintético em grau máximo, dada sua função de apanhar e delinear em um número limitado de disposições os fundamentos do ordenamento do estado e os primeiros princípios que regulam as relações jurídicas e sociais"[54].

Quanto mais sintética a Constituição, maior será a possibilidade de sua interpretação no sentido de buscar bens jurídicos implícitos em seu texto. Em contrapartida, quanto mais detalhado o texto constitucional, como é o caso da Constituição da República Federativa do Brasil, menor deverá ser a liberdade interpretativa na busca de bens jurídicos implícitos, uma vez que os bens jurídicos, em sua maioria, estarão explicitados no próprio texto constitucional.

Francesco Angione propõe três categorias de bens, no que tange à sua relação com a Constituição: os incompatíveis com a Constituição, que afrontam seus valores; os compatíveis com a Constituição, que encontram nela referência ou podem dela ser extraídos; e os meramente não incompatíveis com a Constituição, que são extraíveis do texto constitucional, porém não afrontam seus valores[55].

Quanto aos bens incompatíveis com a Constituição, devem ser considerados bens inconstitucionais e, em razão disto, não podem ser tutelados por nenhuma regra do ordenamento infraconstitucional. Já os bens compatíveis podem ser tutelados por qualquer esfera do ordenamento, inclusive o direito penal. Os bens restantes - meramente não incompatíveis, mas que não são sequer implicitamente dedutíveis da Constituição - só poderão ser tutelados por outras esferas do ordenamento infraconstitucional, vedada sua tutela pelo direito penal, ao contrário do que entendem os defensores da chamada *teoria constitucional ampla*[56].

Ora, se este bem não estiver sequer implicitamente indicado na Constituição é porque ele não faz parte do conjunto de condições individuais e coletivas essenciais para a vida em sociedade, não podendo assim ser considerado um bem jurídico digno de tutela pelo direito penal, o que não impede a tutela por outros ramos do ordenamento jurídico.

---

[54] ANGIONI, Francesco. *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, p. 197 (tradução do autor).
[55] ANGIONI, Francesco. *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, p. 200.
[56] ANGIONI, Francesco. *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, p. 200.

Aceitar como suficiente a mera não contradição à Constituição, ou seja, adotar uma "teoria da não-inconstitucionalidade" resultaria no abandono do próprio conceito de bem jurídico e, em consequência, do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, porque degeneraria numa visão positivista extrema do sistema. Sob outro ângulo, seria absolutamente inócuo, vez que qualquer norma que se mostre contrária à Constituição será obviamente inconstitucional, não podendo permanecer no ordenamento jurídico, como também uma norma que projeta um bem contrário aos valores constitucionais será, também e necessariamente, inconstitucional.

Assim, tal teoria seria absolutamente inócua, supérflua como garantia à não violação da Constituição, pois, de um lado, já existe o controle de constitucionalidade e, de outro, não se oferece qualquer delimitação ao bem jurídico, o que acabaria por eliminá-lo.

Caberá, então, ao legislador ordinário selecionar, dentre os bens jurídicos essenciais ao convívio humano, condensados explícita ou agasalhados implicitamente no texto condicional, aqueles que precisarão da tutela penal (em atendimento ao princípio da subsidiariedade). Não se encontra o legislador, portanto, livre para uma opção descomprometida com os valores e com o texto constitucional.

Como ensina Luiz Regis Prado, "a noção de bem jurídico emerge dentro de certos parâmetros gerais de natureza constitucional, capazes de impor uma certa e necessária direção restritiva ao legislador ordinário, quando da criação do injusto penal. A tarefa legislativa há de estar sempre que possível vinculada a determinados critérios reitores positivados na Lei Maior que operam como marco de referência geral ou de previsão específica – expressa ou implícita – de bens jurídicos e a forma de sua garantia. Há, por assim dizer, uma limitação nomológica em relação à matéria. A linha reguladora constitucional de ordem hierarquicamente superior deve servir para impor contornos inequívocos ao direito de punir"[57].

Significa dizer que, no momento da criação de tipos penais, o legislador infraconstitucional deve ter como parâmetro e limite as diretrizes e valores contidos na Constituição, ante sua função limitativa do poder punitivo estatal[58].

---

[57] PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*, p. 81.
[58] PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*, p. 82.

Logo, em uma sociedade que se pretende democrática, a Constituição deve ser o parâmetro limitador do legislador infraconstitucional ao instituir quaisquer regras de direito penal, especialmente em se tratando da criação de tipos penais, como decorrência da necessária relação material entre o bem jurídico e os valores reconhecidos pelo ordenamento constitucional[59].

Em conclusão, a Constituição, como ápice do ordenamento jurídico, criadora e organizadora do próprio Estado, é o único documento que pode reunir, explícita e implicitamente, os elementos necessários para a manutenção e desenvolvimento das condições fundamentais da convivência humana em sociedade. São exatamente estes elementos que consubstanciam bens jurídicos passíveis de proteção penal, dada a função do Direito Penal de garantir a existência pacífica, livre e segura a todos, criminalizando apenas condutas que lesionem ou coloquem em riscos os bens jurídicos de estrutura constitucional.

Deixa o bem jurídico de ser a mera *ratio legis*, sendo preenchido de conteúdo material, ou seja, dos elementos individuais, supraindividuais e institucionais necessários para o convívio em sociedade e por isso reconhecidos constitucionalmente, servindo assim de norte e limite ao legislador infranconstitucional.

**2.2. O Abandono do Bem Jurídico**

Apesar da maciça adoção, o bem jurídico vem sofrendo inúmeros questionamentos, podendo-se apontar como um dos marcos fundamentais deste movimento a obra de Beck, de 1986[60], acerca da *sociedade de risco*.

Como sintetiza Renato de Mello Jorge Silveira, "na modernidade avançada, a produção social de riqueza vem acompanhada, sistematicamente, por uma correspondente produção social de riscos. Diante disso, os problemas e os conflitos da sociedade são substituídos por problemas e conflitos que surgem da produção, definição e divisão dos riscos produzidos de maneira técnica-científica. De fato, essas mudanças conceituais hão de ser percebidas, primeiramente, à medida que se confirma o nível atingido pelas forças humanas produtivas e tecnológicas e, também, pela segurança e pelos

[59] PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*, p. 89.

regulamentos estabelecidos pelo Estado social, ambos visando, objetivamente, reduzir e excluir socialmente a miséria material. Num segundo momento, o crescimento exponencial das forças produtivas no processo de modernização virá a criar novos riscos, até então desconhecidos"[61].

Estes novos riscos seriam "cada vez mais invisíveis e imperceptíveis e que, em certos casos, não afloram durante a vida dos afetados, senão na dos seus descendentes"[62].

Devido a invisibilidade e imperceptibilidade de tais riscos, este novo direito penal do risco passaria a ser caracterizado pela prevalência de técnicas legislativas privilegiadoras da tipificação de normas penais em branco, crimes de perigo, em especial crimes de perigo abstrato, e pela proteção de bens jurídicos universais, nos quais é difícil a identificação da lesão a bens jurídicos individuais ou de possíveis vítimas[63].

No conteúdo e na conceituação desses *bens jurídicos universais* estaria o principal abalo ao próprio conceito de bem jurídico. Passa-se, diante disso, a sugerir a flexibilização do conceito de bem jurídico, a sua relativização, ou, até mesmo, o abandono total do bem jurídico.

Stratenwerth, como lembra Paulo Vinicius Sporleder de Souza, foi um dos que defenderam o abandono do conceito de bem jurídico, pois um direito penal tradicional, orientado à proteção do bem jurídico, não estaria apto a funcionar em uma sociedade de risco, substituindo-o por uma noção de "contextos da vida como tais"[64]. O motivo da incriminação de uma conduta, nesta concepção, não é a lesão de bens jurídicos, mas sim a "desatenção de uma das normas de conduta fundamentais para o consenso normativo fundamental da sociedade"[65].

---

[60] SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais*, p. 112.
[61] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-individual*, p. 28.
[62] SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais*, p. 116.
[63] SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais*, p. 125.
[64] SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais*, p. 126/127.
[65] WOHLERS, Wolfgang; HIRSCH, Andrew von. *Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa*, p. 307 (tradução do autor).

Também contra a ideia de bem jurídico está Jakobs. De acordo com este autor, a finalidade da pena é meramente a reafirmação da vigência da norma, não havendo qualquer relação com a evitabilidade de lesões a bens jurídicos, sendo que "a idéia de bem jurídico pode no máximo chegar a um direito penal de inimigo, oposto ao direito penal cidadão, sendo a finalidade deste não a proteção de bens jurídicos, e sim a maximização de esferas de liberdade"[66], como bem resume Luís Greco.

Nas palavras do próprio Jakobs, no caso de o Estado "tomar como ponto de partida a proteção de bens jurídicos, deveria combater penalmente também os pensamentos perigosos de autores potenciais, ou, mais ainda, as fontes de onde surgem esses penamentos perigosos"[67]. E conclui: "o direito penal de inimigos otimiza a proteção de bens jurídicos, o direito penal de cidadãos otimiza as esferas de liberdade"[68].

Para quem defende o abandono do conceito de bem jurídico, em suma, o direito penal não busca a proteção destes, pois sua função seria diversa. A finalidade da pena seria meramente a reafirmação da vigência da norma democraticamente produzida, não havendo qualquer relação com a evitabilidade de lesões a bens jurídicos[69].

O delito seria, então, o descumprimento da regra imposta, independentemente de seu conteúdo, e a pena é a consequência do delito, visando a reafirmação da sua vigência.

Tal entendimento segue, de algum modo, a concepção de Hegel, para quem "a violação do direito como tal constitui, sem dúvida, uma existência positiva exterior, que contém em si uma negação. A manifestação desta negatividade é a negação dessa violação que, por sua vez, entra na existência real; a realidade do direito reside na sua necessidade ao reconciliar-se ela consigo mesma mediante a supressão da violação do direito"[70]. Como o crime seria a negação do sistema, a pena, sendo um mal, é a negação do mal praticado pelo agente. Assim, com a negação da negação, o sistema estaria restabelecido em sua normalidade.

---

[66] GRECO, Luís. *"Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito*, p. 97.
[67] JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal*, p. 110/111.
[68] JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal*, p. 114.
[69] GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em direito penal*, p. 292.
[70] HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito,* p. 103.

Esta é a razão pela qual Gerhard Seher observa ser evidente "que o rechaço de partida da noção de bem jurídico por parte das concepções sociológicas e hegelianas não tem sua origem no debate sobre o bem jurídico, senão que surge já de divergências jusfilosóficas prévias. Estas teorias partem de uma perspectiva distinta, acolhem uma concepção de pena essencialmente positiva, e portanto não necessitam de uma noção de bem jurídico que venha a dar uma legitimação à aplicação concreta da pena como instrumento em si mesmo rechaçável. Isto é o que justifica a apreciação anterior relativa a que estas teorias na realidade não participam no debate sobre o bem jurídico"[71].

A opção por um sistema penal baseado na proteção de bens jurídicos ou baseado na mera fidelidade às normas tem natureza filosófica e política, e reflete o que se espera do próprio direito penal.

Por um lado, tem-se uma concepção garantista, com origem no Iluminismo, que busca limitar o poder estatal (a teoria da exclusiva proteção a bens jurídicos). Em sentido oposto, tem-se um sistema em que o Estado detém o poder de impor (ainda que com legitimidade democrática) qualquer norma de conduta, mesmo que esta norma tenha caráter meramente moral ou ideológico.

Esta é a consequência do abandono do conceito de bem jurídico como limitador do poder punitivo estatal: dar ao legislador a possibilidade ilimitada de punir quaisquer condutas, inclusive as de caráter meramente moral ou ideológico.

Em recente (e lamentável) decisão[72], o Tribunal Constitucional Alemão decidiu por afastar o bem jurídico como limitador do poder punitivo estatal, concedendo assim poder ilimitado ao Estado. Trata-se da decisão em que aquela Corte resolveu que a teoria do bem jurídico não é capaz de tornar ilegítima a criminalização do incesto.

Os argumentos para o afastamento da teoria do bem jurídico seriam, em suma, "o problema da definição (o que seria o bem jurídico?) e o problema da

---

[71] SEHER, Gerhard. *La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico*, p. 73 (tradução do autor).

[72] De 26.02.2008 (*BVErfGE* 120, 224) e citada por Luís Greco, que ressalva o voto divergente de Hassemer, grande defensor do bem jurídico, mais especificamente do conceito pessoal de bem jurídico, in GRECO, Luís. *Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch)*, p. 167/172.

fundamentação ou da democracia (com que direito querem os penalistas posicionar-se acima do legislador democraticamente legitimado?)"[73].

O Tribunal Alemão se vale de uma argumentação positivista, com inegável influência da teoria de Hans Kelsen[74]. Para esta Corte, a norma é válida se foi produzida pelo órgão competente (o Poder Legislativo legitimamente constituído) e de acordo com as regras de produção legislativa da lei fundamental (no caso, da Constituição), independentemente de seu conteúdo, eis que ela se absteve de analisar a possibilidade de punição de meras convicções morais[75].

E assim fazendo, "o Tribunal Constitucional Alemão acabou atribuindo ao direito penal a tarefa de manutenção e fortalecimento de convicções morais"[76].

Porém, a maioria dos argumentos (se não todos) utilizados pelo Tribunal Alemão para manter válido o crime de incesto (proteção do casamento, da família e da sociedade, da autodeterminação sexual, prevenção de doenças genéticas às novas gerações e a existência de convicção do injusto sedimentada na sociedade)[77] servem para justificar a criminalização de quaisquer práticas sexuais, como a prática de ato homossexual ou a prostituição.

A teoria do bem jurídico serve exatamente para conter, para limitar tais excessos por parte do Estado.

De acordo com Knut Amelung, "o sentido político-criminal da teoria da proteção de bens jurídicos se encontra na ideia de que, para justificar a sanção da infração de uma norma de conduta com uma pena, 'detrás' da norma deve haver algo que esta proteja. Esta teoria impede que legisladores e intérpretes protejam a vigência das normas de conduta em si mesma considerada. O perigo que isto ocorra acessa tanto ao Direito penal do 'despotismo' como ao do 'moralismo'"[78].

---

[73] GRECO, Luís. *Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch)*, p. 169/170.
[74] KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito*.
[75] GRECO, Luís. *Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch)*, p. 171.
[76] GRECO, Luís. *Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch)*, p. 172.
[77] GRECO, Luís. *Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch)*, p. 167.
[78] AMELUNG, Knut. *El concepto "bien jurídico" en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos*, p. 246/247 (tradução do autor).

Exatamente por essa razão, não há como se aceitar, em um Estado Democrático e Social de Direitos, que o poder punitivo estatal não tenha limites materiais, mas apenas formais (o processo legislativo). Ora, "se a Constituição é necessariamente aberta, se inúmeros valores, mesmo conflitantes, encontram acolhida em seu seio, como se pode falar numa limitação ao poder do legislador?"[79].

A ausência de uma limitação material prévia à própria legislação leva (ou ao menos pode levar) à ditadura da maioria sobre a minoria, impondo sua moral e sua ideologia. Foi o que aconteceu na Alemanha nazista.

No regime nacional-socialista, com forte influência dos estudos de Edmund Mezger e da Escola de Kiel, constituía crime toda e qualquer violação de um dever de obediência ao Estado [80], sendo exemplo clássico a criminalização de atos atentatórios ao são sentimento do povo alemão.

O bem jurídico parece constituir-se, ao menos até os dias de hoje, no único elemento prévio à legislação penal com capacidade de limitar materialmente o poder punitivo estatal, herança do Iluminismo na busca democrática de se repelir a modelos autoritários de Estado[81].

Como ensina Helena Regina Lobo da Costa, "o conceito de bem jurídico, instrumento de limitação material do injusto, deve ser fortalecido diante das novas conformações do direito penal. Todas as propostas de abandono ou substituição da ideia de bem jurídico não têm demonstrado sucesso em oferecer respostas mais satisfatórias e que consigam limitar a esfera de atuação penal"[82].

Dessa forma, o bem jurídico é irrenunciável como instrumento delimitador do poder punitivo estatal, um "núcleo negativo e crítico do Direito Penal"[83], que acaba por confundir-se com sua própria razão de ser.

---

[79] GRECO, Luís. *"Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito*, p. 98.
[80] ABRAÃO, Eduardo Pião Ortiz. *Bem jurídico penal e Estado Democrático de Direito: uma visão do direito penal como instrumento de concretização da justiça social*, p. 23.
[81] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Delitos sem bens jurídicos*, p. 4.
[82] COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*, p. 15.
[83] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Delitos sem bens jurídicos*, p. 5.

**2.3. A Flexibilização e a Relativização do Bem Jurídico**

Além daqueles que pregam o total abandono do conceito de bem jurídico, reconhecendo o crime como a mera desobediência à norma legitimamente elaborada, outras duas correntes, de certa maneira, questionam o conceito de bem jurídico.

A primeira prega a relativização do conceito de bem jurídico, permitindo em alguns casos excepcionais a criminalização de condutas não ofensivas a bens jurídicos. A segunda defende a flexibilização do seu conceito crítico, nele incluindo interesses e valores que, pela teoria constitucional, não poderiam ser considerados bens jurídicos[84]. Vejamos.

Na Alemanha, alguns autores "começam a aceitar, ainda que em caráter excepcional, incriminações sem bem jurídico, por alguns chamadas de delitos de comportamento"[85], como no caso de maus tratos a animais, relativizando o conceito de bem jurídico. Adotam a teoria do bem jurídico como limitadora material do poder punitivo estatal, mas aceitam exceções a esta regra, tipificando-se condutas que não lesionam ou mesmo colocam em perigo de lesão qualquer bem jurídico.

Roxin, lembra Luís Greco, um dos principais defensores do bem jurídico (eis que embasou toda a sua doutrina funcionalista na proteção de bens jurídicos e na finalidade preventiva da pena), começou a mudar seu entendimento a partir da terceira edição de seu tratado, aceitando exceções ao princípio da exclusiva proteção a bens jurídicos, permitindo-se assim a tipificação de condutas que não busquem a tutela de bens jurídicos[86].

O principal exemplo destes crimes sem bem jurídico, como já referido anteriormente, é a criminalização de maus tratos aos animais. Mas não é só os maus tratos a animais que Roxin entende possível criminalizar. Além da possibilidade da utilização do direito penal para a proteção contra maus tratos a animais, e eventualmente plantas, o autor cita ainda a proteção do embrião e das gerações futuras, interesses estes que não encontram

---

[84] Assim, Seher, para quem "o atual debate acerca de novos âmbitos de regulação penal tem chamado a atenção acerca de que o Direito penal incorpora delitos sem vítima e protege valores que só por meio de argumentações muito forçadas podem reconduzir a um referente individual como 'portador de bem jurídico'", in SEHER, Gerhard. *La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico*, p. 87 (tradução do autor).

[85] GRECO, Luís. *"Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito*, p. 107.

ligação com os indivíduos que hoje habitam este planeta, tampouco com as instituições estatais adequadas para a vida em sociedade das pessoas de hoje, mas cuja necessidade de proteção penal seria indiscutível[87].

Nas palavras do próprio autor:

> "Há um ponto importante no qual coincido com Stratenwerth. Este quer incluir entre as finalidades do Direito penal a proteção dos animais e das condições para a existência das gerações futuras. Eu também penso que o maltrato a animais ou a extinção de espécies possa ser penalizada, igual, por exemplo, à destruição do clima que prejudique de forma duradoura a vida das gerações futuras. Isto pareceria contradizer a ideia de proteção de bens jurídicos, porque o que se faça aos animais ou às gerações futuras não tem porque prejudicar as pessoas atualmente vivas. Mas não se tem que renunciar ao princípio de proteção de bens jurídicos, como pretende Stratenwerth, senão que só tem que ampliá-lo, estendendo o contrato social do círculo das pessoas viventes a outras criaturas da criação [*Mitgeschöpfe*] e as gerações futuras"[88].

Especificamente no caso de maus tratos a animais, Roxin considerou três possibilidade: a não-punição, a flexibilização do conceito de bem jurídico para abarcar de alguma forma os maus tratos a animais, ou aceitar exceções à regra da exclusiva proteção a bens jurídicos[89].

Roxin opta pela última possibilidade. Refuta a primeira (a não-punição de tais condutas), pois o "sentimento de solidariedade para com certos animais superiores"[90] tornaria possível a incriminação dos maus tratos, que seriam uma espécie de "delitos de comportamento"[91].

---

[86] GRECO, Luís. *"Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito*, p. 108.
[87] GRECO, Luís. *"Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito*, p. 109.
[88] ROXIN, Claus. *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?*, p. 456 (tradução do autor).
[89] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Delitos sem bens jurídicos*, p. 4.
[90] GRECO, Luís. *"Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito*, p. 108.
[91] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Delitos sem bens jurídicos*, p. 4.

Refuta também a flexibilização do conceito de bem jurídico, porque acabaria por levar à inutilização do conceito. Ora, se a função do conceito de bem jurídico é limitar materialmente o poder punitivo estatal, restringindo a liberdade do Estado de criação de tipos penais apenas àqueles que afetem o ser humano considerado individualmente ou socialmente, no momento em que se flexibiliza o conteúdo do conceito de bem jurídico, perde-se esta função crítica e limitadora. O bem jurídico passa a ser uma mera alegoria do direito penal, com função exclusivamente classificadora da parte especial de códigos penais.

Aceitando-se a inclusão no conceito de bem jurídico de elementos outros que não a proteção da pessoa (individualmente e socialmente tomada, bem como as instituições necessárias para a vida social), o bem jurídico, sem forma e conteúdo estritos, passa a ser a *ratio legis* do crime, qualquer elemento que o legislador pretenda proteger, pois um bem jurídico flexibilizado, sem conteúdo crítico, será passível de se amoldar a qualquer intenção do legislador.

É desta maneira que se criminalizam condutas que tutelam elementos demasiadamente amplos e abstratos, como a *moral pública* ou *os ideais da nação*, por exemplo. Apenas um conceito restrito de bem jurídico pode impedir a criminalização de condutas que tutelem conceitos tão abstratos, que não se refiram às "realidades ou fins que são necessários para uma vida social livre e segura que garanta os direitos humanos e fundamentais do indivíduo, ou para o funcionamento do sistema estatal erigido para a consecução de tal fim"[92].

Opta Roxin por manter um conceito inflexível de bem jurídico, garantindo assim sua função crítica e limitadora do poder estatal, mas aceita a existência excepcional de crimes que não tutelem bens jurídicos, "como objeto necessário da incriminação em casos de especial fragilidade ou sentimento social envolvido"[93].

Apesar da aparência de garantia, a solução proposta por Roxin produz o mesmo resultado da flexibilização do conceito porque, a partir do momento em que se aceitam exceções ao princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, não há como se limitar o que será considerado "exceção".

---

[92] ROXIN, Claus. *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?*, p. 448 (tradução do autor).
[93] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Delitos sem bens jurídicos*, p. 5.

Ao cabo, a distância entre a tutela dos animais por conta de um "sentimento de solidariedade para com certos animais superiores"[94] e a tutela do *são sentimento do povo alemão* não é tão grande. A exceção, que num primeiro momento é única, pode ser ampliada lenta e gradativamente, até que ninguém ache estranho a criminalização de condutas meramente imorais ou contrárias à ideologia dominante, como ocorreu na Alemanha nazista.

Da mesma forma que a flexibilização do conceito de bem jurídico leva à perda de seu conteúdo crítico e limitador, o mesmo acontece com sua relativização, tolerando-se a criminalização de condutas não ofensivas ao bem jurídico.

Convém indicar o entendimento recentemente apresentado por Lobato, no que tange à criminalização dos maus tratos a animais, para quem não se trata de crime sem bem jurídico, tampouco se tutelaria o sentimento humano ou o sentimento de solidariedade entre seres humanos e animais. Por este autor, a criminalização dos maus tratos a animais serviria para a "a tutela da vida e da integridade física dos animais enquanto projeções da vida e da integridade humanas, pois suas violações atingem a própria dignidade humana. Este espelho valorativo importa ao Homem na medida em que ele contribui para a formação de sua personalidade e do modo de agir para com seus semelhantes, tendo em vista a referida convivência próspera"[95].

Apesar da negativa do autor, o conceito de "projeção da vida e da integridade humana" na vida e integridade dos animais nada mais é que o citado sentimento de solidariedade, eis que se trataria de um "espelho valorativo" referente ao "modo de agir com seus semelhantes".

A dignidade da pessoa humana não é afetada pelos maus tratos a animais, já que isto não afasta "*a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade*", estando preservados os "*direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano*" e garantidas "*as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover*

---

[94] GRECO, Luís. *"Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito*, p. 108.
[95] LOBATO, José Danilo Tavares. *O meio ambiente como bem jurídico e as dificuldades de sua tutela pelo direito penal*, p. 69.

*sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos*"[96].

O que é afetado no caso de maus tratos a animais é o sentimento de afeto e apreço que as pessoas sentem pelos animais[97]. Nesse sentido, há flexibilização do conceito de bem jurídico, o que não pode ser aceito.

**2.4. Posição Adotada**

O bem jurídico continua a ser o único elemento prévio à legislação penal com capacidade de crítica e limitação ao poder punitivo estatal. O seu abandono é inaceitável, a não ser que se atribua ao Estado o poder ilimitado de criminalizar quaisquer condutas, ainda que por razões meramente morais e ideológicas, porquanto o recurso limitador do processo democrático não impede a instituição de uma *ditadura da maioria sobre a minoria*.

Como bem fixou Ana Elisa Liberatore Silva Bechara, "o conceito de Estado Democrático de Direito não se resume à instituição formal da divisão de poderes, implicando mais do que mero Estado de legalidade. Referido modelo deve corporificar em si a proteção da liberdade e do desenvolvimento pessoal e político do cidadão e a moderação e juridicidade de todo o exercício público. Daí deduz-se que a norma penal apenas é justificável na medida da sua necessidade à proteção das condições da vida de uma sociedade estruturada sobre a base da liberdade e da dignidade humana"[98].

Dessa forma, faz-se necessário apenas um "parâmetro externo e prévio" [99] à atividade do legislador, que limite o seu poder de selecionar condutas e tipificá-las como crimes. É o princípio da exclusiva proteção a bens jurídicos este parâmetro externo e

---

[96] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 63, mantido o destaque do texto original.

[97] Aliás, por alguns determinados animais. Esse sentimento de afeto influenciaria tanto a ideia de "projeção da vida e da integridade física humana" em relação aos animais quanto a ideia de "sentimento de solidariedade". Assim, permanece a indagação: qual é o limite da aplicação destes conceitos? A projeção ou solidariedade seria em relação a absolutamente todos os animais? Só em relação aos primatas, ante a proximidade genética com os seres humanos? Ou então em relação a todos os mamíferos, inclusive ratos e morcegos? Ou então em relação a todos os vertebrados, incluídos os peixes e répteis? E porque não incluir os invertebrados? Aliás, muitos invertebrados são iguarias gastronômicas a serem apreciadas vivas. Inexiste, assim, um limite conceitual para delimitação deste sentimento de solidariedade (ou da projeção).

[98] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Delitos sem bens jurídicos*, p. 5.

[99] COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*, p. 4.

prévio que pode limitar o poder punitivo estatal, restringindo-se o Estado a criminalizar apenas condutas que coloquem em risco o desenvolvimento do ser humano individual e socialmente considerado, sendo a proteção das instituições necessárias a esse desenvolvimento decorrência da proteção ao ser humano.

Como bem aponta Helena Regina Lobo da Costa, "o conceito de bem jurídico, instrumento de limitação material do injusto, deve ser fortalecido diante das novas conformações do direito penal. Todas as propostas de abandono ou substituição da ideia de bem jurídico não têm demonstrado sucesso em oferecer respostas mais satisfatórias e que consigam limitar a esfera de atuação penal"[100].

No entanto, o bem jurídico só terá este poder limitador se seu conceito for rígido e inflexível, nele incluídos apenas as "realidades ou fins que são necessários para uma vida social livre e segura que garanta os direitos humanos e fundamentais do indivíduo, ou para o funcionamento do sistema estatal erigido para a consecução de tal fim"[101], sem que se aceitem quaisquer exceções a essa regra, sob pena de, em ambos os casos (flexibilização ou relativização), esvaziar-se o poder limitador do bem jurídico.

Adota-se, por essa razão, um "conceito 'pessoal' de bem jurídico como o que há mais de trinta anos desenvolveram pela primeira vez Rudolphi, Marx e Hassemer"[102]. Apenas a teoria pessoal do bem jurídico é adequada ao conceito de Estado Democrático e Social de Direito, em que o ser humano é o centro do universo jurídico, razão de ser do próprio Estado. De acordo com esta teoria, os bens jurídicos supraindividuais só seriam aceitos como decorrência dos bens jurídicos pessoais, sendo também interesses das pessoas individualmente tomadas[103].

Para Hassemer, "os bens jurídicos são interesses humanos que requerem proteção penal"[104]. Nesta concepção, postula-se "categoricamente a derivação a partir do indivíduo de todo juízo de merecimento da pena e com isso a limitação do direito penal a seu âmbito nuclear 'básico'. O 'bem jurídico' é assim definido como um 'interesse humano necessitado de proteção penal', considerando por tais 'interesses' aqueles 'bens vitais'

---

[100] COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*, p. 15.
[101] ROXIN, Claus. *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?*, p. 448 (tradução do autor).
[102] ROXIN, Claus. *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?*, p. 448 (tradução do autor).
[103] HASSEMER, Winfried. *Introducción a la criminología y al derecho penal*, p. 109.

imprescindíveis para a vida em comum dos indivíduos tais como a vida, a saúde, a liberdade ou a propriedade"[105].

Assim, segundo a teoria pessoal, o objeto de proteção do direito penal é em última análise exclusivamente o ser humano, que pode ser protegido diretamente (tutelando-se sua vida, sua integridade física, sua liberdade, sua propriedade, sua honra, por exemplo) e também indiretamente (tutelando-se o meio ambiente, as instituições sociais necessárias para o convívio social).

Logo, Hassemer concorda com a existência de bens jurídicos difusos, mas exclusivamente aqueles que também sejam interesses do homem, e não apenas da coletividade [106].

Assim, a teoria pessoal do bem jurídico não é restrita aos clássicos bens jurídicos individuais, abrangendo também os bens jurídicos supraindividuais, eis que o direito (penal, inclusive) não pode ignorar o fato de os indivíduos viverem em sociedade e se relacionarem entre si e com o Estado, e, em razão disto, não pode ignorar a existência de interesses da coletividade, cuja proteção é necessária para o desenvolvimento do próprio indivíduo[107].

Não se pode afastar, por conseguinte, a referência do bem jurídico à pessoa *uti singuli*, ainda que em sua projeção social. Daí porque Maria Carmen Alastuey Dobón sustenta que "a proteção de bens jurídicos supõe sempre, portanto, a salvaguarda de instrumentos imprescindíveis para a satisfação das necessidades da pessoa. Esses bens podem ser existenciais ou ser produto da criação cultural do homem. Por sua vez, ditos bens podem ter uma natureza individual ou coletiva, mas uns e outros estão sempre em função das necessidades dos indivíduos"[108].

Não apenas os bens jurídicos difusos devem guardar relação com as necessidades dos indivíduos, mas também as instituições estatais, que não são protegidas

---

[104] HASSEMER, Winfried. *Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico*, p. 282 (tradução do autor).
[105] SEHER, Gerhard. *La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico*, p. 73/74 (tradução do autor).
[106] HASSEMER, Winfried. *Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico*, p. 282.
[107] STERNBERG-LIEBEN, Detlev. *Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal*, p. 111.
[108] DOBÓN, Maria Carmen Alastuey. *Consideraciones sobre el objeto de protección en el derecho penal del medio ambiente*, p. 218 (tradução do autor).

como um fim em si mesmo, mas "apenas porque as funções e as instituições estatais são um meio para a autorrealização da pessoa podem elas ser consideradas bens jurídicos"[109].

Em resumo, no conceito de bem jurídico devem-se incluir exclusivamente os elementos necessários para o pleno desenvolvimento do ser humano, individualmente tomado, bem como os elementos externos para esse mesmo fim, e neste caso atingindo-se o indivíduo apenas de maneira indireta[110].

Em consequência, interesses meramente morais não poderão ser protegidos pelo direito penal. "O mero sentimento de irritação embasado na crença de que tais condutas deveriam se omitir de modo geral e a indignação porque tais condutas permanecem sem punir não são suficientes para se estampar neles o selo da ilicitude social"[111].

Dessa forma, os maus tratos a animais não são bens jurídicos, eis que não se referem, nem de forma indireta, ao desenvolvimento do ser humano e a sua convivência em sociedade. Não sendo bem jurídico, o *sentimento de solidariedade aos animais* não é digno de proteção penal, da mesma forma que não o é o *são sentimento do povo alemão*, ou qualquer outro elemento meramente moral ou ideológico.

Todavia, a ausência de proteção penal não impede a regulamentação e eventual punição administrativa das condutas de maus tratos a animais, o mesmo acontecendo em relação a inúmeras outras condutas de interesse social mas sem *dignidade penal*[112], por não se tratar de bens jurídicos.

Também não se justificam as outras exceções indicadas por Roxin, no sentido de que seriam dignas de proteção penal mas não se enquadrariam num conceito

---

[109] COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*, p. 11.

[110] Aprofundaremos, no capítulo seguinte, a questão relativa às teorias monista e dualista, mais relacionada com o problema dos bens jurídicos difusos.

[111] STERNBERG-LIEBEN, Detlev. *Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal*, p. 118 (tradução do autor).

[112] Eduardo Reale Ferrari apresenta uma definição para dignidade penal: "Dignidade penal significa juízo qualificado de intolerabilidade social. Em decorrência de sua constatação, conclui-se pela necessidade da interferência do direito penal, vez que irrenunciável figura sua atuação, a não ser pela criminalização e punição. Representa comportamento merecedor de desaprovação ético-social. A conduta detentora de dignidade penal é aquela que expõe gravemente a perigo as relações sociais no interior da comunidade juridicamente organizada, implicando lesão particularmente grave do bem jurídico. A conduta digna de pena é aquela que conduz a um limiar qualificado de danosidade ou perturbação e abalo social, denotando um gravame resultante de perturbação da paz pública e, conseqüentemente, de imanência social", in FERRARI,

restrito de bem jurídico, condizente com a teoria pessoal do bem jurídico, quais sejam, a proteção do embrião humano (ou mesmo o código genético humano) e dos interesses de gerações futuras.

A restrição do conceito de bem jurídico a interesses do ser humano não leva à proteção única e exclusivamente dos indivíduos vivos, mas também da própria existência e continuidade da humanidade.

Não se trata de flexibilização do conceito de bem jurídico, eis que este se mantém limitado aos elementos necessários para o pleno desenvolvimento do ser humano. Mas o ser humano é tomado de maneira atemporal, ou seja, os indivíduos hoje existentes, bem como as futuras gerações humanas.

Dessa forma, adotamos um conceito pessoal de bem jurídico, mas não tão restrito como o defendido por Hassemer.

Entendemos, pois, que "os bens jurídicos são interesses humanos que requerem proteção penal"[113], "considerando por tais 'interesses' aqueles 'bens vitais' imprescindíveis para a vida em comum dos indivíduos, tais como a vida, a saúde, a liberdade ou a propriedade"[114], seja dos indivíduos hoje vivos como também das futuras gerações, e que encontrem respaldo, ainda que indiretamente, na Constituição.

---

Eduardo Reale, *Direito penal do consumidor e a tutela de bens jurídicos supraindividuais: uma análise constitucional*, p. 279.

[113] HASSEMER, Winfried. *Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico*, p. 282 (tradução do autor).

[114] SEHER, Gerhard. *La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico*, p. 73/74 (tradução do autor).

# 3. O BEM JURÍDICO DIFUSO

O surgimento do conceito de bem jurídico evoluiu do conceito de direitos subjetivos, como visto acima.

Esses direitos subjetivos, por sua vez, surgiram como sendo interesses dos indivíduos ou do próprio Estado, normalmente personificado na pessoa do seu soberano. Assim, os direitos protegiam, por exemplo, a vida de alguém, a propriedade de alguém, os interesses do Estado.

As próprias cartas de direitos humanos, surgidas a partir do Iluminismo, apenas previam os direitos humanos fundamentais de primeira geração, relativos às liberdades públicas (direitos civis) e aos direitos políticos, ambos titularizados por todos, mas tomados individualmente, contra os abusos do Estado totalitário.

O quadro se altera com os direitos humanos fundamentais de segunda geração, que surgem como resposta às degradantes condições de trabalho decorrentes da Revolução Industrial no século XIX, e que são reconhecidos pela primeira vez nas cartas constitucionais do início do século XX (como na Constituição de Weimar, de 1919)[115]. Direitos sociais, culturais e econômicos passam a ser reconhecidos e tutelados pelas normas estatais. Direitos estes que não são titularizados por pessoas individualmente consideradas, mas pela coletividade.

Em seguida, o mesmo vem a acontecer com os direitos humanos fundamentais de terceira geração, que tutelam interesses transindividuais por natureza, como o meio ambiente. São os chamados direitos de solidariedade[116].

Estes direitos humanos fundamentais de segunda e terceira gerações referem-se a interesses supraindividuais (ou transindividuais), pois transcendem os direitos individuais. Não apenas os direitos humanos fundamentais podem ser classificados como

---

[115] LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*, p. 588.

[116] Em referência aos ideais da Revolução Francesa, as três gerações de direitos humanos fundamentais são referidos como direitos de liberdade (primeira geração), igualdade (segunda geração) e solidariedade ou fraternidade (terceira geração).

supraindividuais, mas quaisquer direitos cuja titularização transcenda o interesse individual.

Até o surgimento dos direitos humanos fundamentais de segunda geração, os interesses que ultrapassavam o indivíduo eram considerados interesses públicos, do Estado, como representante da sociedade.

Todavia, não se identificam os interesses estatais com os interesses sociais. Trata-se da divisão entre o interesse público primário (da sociedade) e o interesse público secundário (do Estado), que até devem convergir, mas não se confundem.

O Estado representa a sociedade institucionalmente, e busca (ou ao menos deveria buscar) o interesse geral. Assim, a relação entre Estado e coletividade (sociedade) é uma relação de dever-ser. O Estado deve buscar o bem coletivo. Porém, este mesmo Estado é personificado e titulariza seus próprios interesses, que são os interesses institucionais.

Dessa forma, ainda que seja do interesse geral (da sociedade) o bom funcionamento da Administração Pública, este interesse é apenas indireto, mediato. Imediatamente, o funcionamento regular da Administração Pública é interesse do Estado, sendo por ele titularizado.

Da mesma forma, ainda que o Estado tenha o dever de tutelar o meio ambiente, por exemplo, o meio ambiente em si não é um interesse imediatamente estatal, mas da coletividade, razão pela qual não se confundem os interesses do Estado, que são institucionais, com os interesses da sociedade, estes sim supraindividuais.

Podemos então dividir os bens jurídicos em três categorias: os individuais (vida, liberdade, propriedade, honra etc.), os institucionais (ou estatais, relativos à Administração Pública) e os supraindividuais[117].

---

[117] A diferenciação entre *coletivo* e *difuso* é tema essencialmente afeto à tutela civil de tais interesses em juízo. Rodolfo de Camargo Mancuso assim diferencia tais interesses: "conquanto os interesses coletivos e os difusos sejam espécies do gênero 'interesses meta (ou super) individuais', tudo indica que entre eles existem pelo menos duas diferenças básicas, uma de ordem quantitativa, outra de ordem qualitativa: sob o primeiro enfoque, verifica-se que o interesse difuso concerne a um universo *maior* do que o interesse coletivo, visto que, enquanto aquele pode mesmo concernir até a toda humanidade, este apresenta menor amplitude, já pelo fato de estar adstrito a uma 'relação-base', a um 'vínculo jurídico', o que lhe permite aglutinar-se junto a grupos sociais definidos; sob o segundo critério, vê-se que o interesse coletivo resulta do homem em sua projeção corporativa, ao passo que, no interesse difuso, o homem é considerado simplesmente enquanto *ser humano*", in MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, p.

A caracterização dos bens jurídicos como individuais, institucionais ou supraindividuais, pois, será de acordo com o seu titular. Bens individuais são os titularizados por indivíduos determinados. Bens institucionais são os titularizados pelo Estado. Bens supraindividuais são os titularizados por pessoas indetermináveis (ou de difícil determinação).

Outra importante diferença apontada pela doutrina entre os bens jurídicos individuais e os difusos está em sua não-distributividade, bem como na característica de não serem consumíveis.

Pela não-distributividade entende-se a impossibilidade de atribuição de parcela do bem jurídico a qualquer indivíduo, para que se utilize dele de forma individual. O bem jurídico difuso tem por característica a sua potencial utilização por qualquer indivíduo que faça parte da sociedade, ma sem que, com isso, possa este bem ser fragmentado, atribuindo-se partes específicas a determinados indivíduos ou grupos de indivíduos[118]. Este é o entendimento de Jorge de Figueiredo Dias:

> "A verdadeira característica do bem jurídico colectivo ou universal, dentro da qual cabem os bens jurídicos ecológicos, reside pois – como na doutrina germânica Lohar Kuhlen tão exactamente mostrou – em que ele deve poder ser gozado por todos e por cada um, sem que ninguém deva poder ficar excluído desse gozo: nessa possibilidade de gozo reside o interesse individual legítimo na integridade do bem jurídico coletivo"[119].

Pela característica de não ser o bem jurídico difuso consumível, tem-se a ideia de que, com a utilização do bem jurídico difuso, este não se consome, ou seja, não é reduzido na proporção da utilização.

---

85/86. Em ambos os casos, o interesse é indivisível, mas enquanto no caso dos interesses difusos os titulares são pessoas indetermináveis, os interesses coletivos são titularizados por pessoas determinadas ou determináveis, pois são ligadas por uma relação jurídica básica comum, como ser profissional de uma categoria. Tal divisão, todavia, não é usualmente aplicada no direito penal, mesmo em se tratando do assunto bens jurídicos supraindividuais. Apesar de focar os interesses estritamente difusos, esta divisão conceitual não é relevante para este trabalho, em razão do que os dois termos serão utilizados como sinônimos. Basta à esta investigação a característica comum de *supraindividualidade* de ambos os termos, e o fato de ambos serem relacionados a interesses indivisíveis. Os mesmos argumentos aplicam-se aos chamados *bens jurídicos universais*.

[118] HEFENDEHL, Roland. *El bien jurídico como eje material de la norma penal*, p. 189.

[119] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente – um quarto de século depois*, p. 384.

No entanto, essas também não são as características definitivas dos bens jurídicos difusos.

Como lembra Helena Regina Lobo da Costa, "há autores que consideram que a propriedade de não ser consumível (*nicht Abnutzbarkeit*) e a de não distributividade são os traços distintivos dos bens jurídicos coletivos. Efetivamente, tais características revestem-se de grande importância na identificação de bens jurídicos, pretensamente coletivos (ou falsos bens jurídicos), em que estão ausentes. Todavia, elas não são suficientes para distinguir o bem jurídico coletivo, que deve ser concebido sempre como necessidade da pessoa, em seu aspecto social"[120].

Ora, como visto, bens jurídicos são os elementos imprescindíveis para a vida humana em sociedade. Todavia, enquanto os bens jurídicos individuais são elementos imprescindíveis para cada ser humano individualmente tomado, os bens jurídicos difusos são imprescindíveis para todos os seres humanos ao mesmo tempo, por se tratar de interesse indivisível da sociedade.

Bens jurídicos difusos são, dessa forma, aqueles necessários a todos os indivíduos (socialmente tomados) para possibilitar o convívio social. Em razão disto, os bens jurídicos apresentam as características de não serem titularizados por ninguém, da não distributividade (pois são interesses indivisívies) e de não serem consumíveis.

O que define o bem jurídico difuso é o fato de ser ele um interesse do indivíduo socialmente tomado, o que gera as características de inexistência de titularidade, de não-distributividade e de não serem consumíveis.

### 3.1. Teorias Monistas e Dualistas

A partir da teoria constitucionalista, desenvolveu-se a teoria pessoal do bem jurídico, sendo Hassemer o seu maior expoente.

Como visto, a função do Direito Penal é garantir a existência pacífica, livre e segura a todos e, em consequência, está restrito a tipificar como crimes apenas as

[120] COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*, p. 22.

condutas que violem as condições necessárias para garantir a todos uma vida segura e livre e o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos.

Por essa razão, no conceito de bem jurídico estariam incluídos "não somente as condições individuais para uma coexistência semelhante (isto é, a proteção da vida e do corpo, da liberdade de atuação voluntária, da propriedade etc.), mas também as instituições estatais adequadas para este fim (uma administração de justiça eficiente, um sistema monetário e de impostos saudáveis, uma administração livre de corrupção etc.)"[121]. Essa a razão pela qual "não pode ser limitado, de nenhum modo, a bens jurídicos individuais; ele abrange também bens jurídicos da generalidade"[122].

Desse modo, estaria incluída no conceito de bem jurídico a proteção de direitos individuais (como a vida), difusos (como o meio ambiente) e estatais ou institucionais (como a administração da justiça).

Todavia, na visão de Hassemer e dos que defendem uma teoria monista-pessoal de bem jurídico[123], os bens jurídicos difusos e os institucionais só seriam protegidos como forma de proteção indireta dos bens jurídicos individuais.

Entretanto, essa não é a única posição na doutrina, que se divide entre os adeptos da teoria monista e da teoria dualista do bem jurídico. Mesmo entre os adeptos da teoria monista, há outra divisão: a teoria monista-pessoal (ou monista-personalista) e a teoria monista-estatal (ou teoria monista-não pessoal).

Como já adiantado, o conceito de bem jurídico pessoal só será adequado à concepção monista-pessoal.

Consoante Paulo Vinicius Sporleder de Souza, para "a concepção monista-personalista, o objeto de tutela penal tem sempre como único e/ou primeiro e imediato referencial a pessoa individual (isolada e socialmente considerada) e o seu livre desenvolvimento. Para a teoria monista pessoal, teoria esta calcada no paradigma antropocêntrico e originada com o surgimento do Estado liberal clássico, os tradicionais bens jurídico-penais individuais (vida, saúde, liberdade, patrimônio etc.), supra-individuais institucionais (por exemplo, fé pública, administração da justiça, segurança do Estado etc.)

[121] ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*, p. 18.
[122] ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*, p. 19
[123] Aos quais nos filiamos, com certa reserva, como visto no capítulo anterior.

e supra-individuais coletivos (por exemplo, incolumidade pública, saúde pública etc.); assim como os novos e modernos bens jurídicos supra-individuais relativos ao meio ambiente, à economia etc. – estes surgidos principalmente a partir do Estado social e democrático de direito (Estado de direito material) –, têm como sujeito passivo predominante o indivíduo"[124].

Assim, para a concepção monista-pessoal, os bens jurídicos supraindividuais só poderiam ser reconhecidos como bens jurídicos quando se relacionassem a indivíduos concretos, individualizáveis, eis que a coletividade em si não poderia ser tutelada pelo direito penal[125].

Já a doutrina monista-estatal, em sentido contrário, toma como pressuposto que a existência de todos os bens jurídicos decorre do Estado, da sociedade ou da coletividade. Desta forma, os bens jurídicos individuais é que seriam decorrentes dos bens jurídicos difusos, sendo pois inferiores ou, no máximo, de igual importância[126]. Para esta teoria, os bens jurídicos teriam como seus titulares o Estado, a sociedade e a coletividade, que seriam tomados como uma unidade[127]. Por conseguinte, seriam bens jurídicos aqueles de interesse da coletividade ou do Estado, não sendo os bens jurídicos individuais valores em si mesmos dignos de proteção penal, mas apenas em decorrência dos interesses do Estado e da coletividade[128].

Por fim, para a teoria dualista, os bens jurídico-penais têm natureza híbrida, tanto podendo ser individual como supraindividual. Por essa razão podem ter como titulares tanto o indivíduo singularmente tomado, como a sociedade, o Estado e até mesmo a própria humanidade[129].

Lembra Helena Regina Lobo da Costa que "os autores dualistas advogam que os bens jurídicos individuais e os coletivos são autônomos entre si, ou seja, não

---

[124] SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *O meio ambiente (natural) como sujeito passivo dos crimes ambientais*, p. 254/255.
[125] GRECO, Luís. *"Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito*, p. 102.
[126] COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*, p. 20.
[127] SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *O meio ambiente (natural) como sujeito passivo dos crimes ambientais*, p. 258.
[128] GRECO, Luís. *"Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito*, p. 102.
[129] SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *O meio ambiente (natural) como sujeito passivo dos crimes ambientais*, p. 259.

apresentam substrato comum. Os bens jurídicos coletivos não precisariam ser reconduzidos a bens individuais para terem validade, assim como os individuais não teriam origem em fonte coletiva"[130].

Nenhuma das teorias, entretanto, é isenta de críticas.

A teoria dualista vem sendo bastante criticada por não definir um conceito unitário de bem jurídico (metaconceito) que seja aplicável tanto ao bem jurídico difuso quanto ao bem jurídico individual, pois para tal teoria inexistiria origem comum a estas duas categorias de bens jurídicos, o que impossibilitaria, em última instância, a sustentação de uma teoria das funções do bem jurídico, perdendo ele então o seu conteúdo material, razão de ser da própria teoria do bem jurídico, crítica esta que não seria aplicável às teorias monistas.

Jorge de Figueiredo Dias defende o dualismo sob o argumento de que "existem, em conclusão, bens jurídico-penais individuais e bens jurídico-penais supra-individuais, não tendo estes, para serem legítimos, de se reconduzir por força àqueles ou se reduzir a uma sua mera soma, da mesma ou de diferentes espécies. Neste sentido os bens jurídicos supra-individuais, neles incluídos os bens jurídicos ecológicos, gozam, face aos bens jurídicos individuais, de verdadeira *autonomia*. Autonomia que não é afectada mesmo que deva concluir-se que não existem bens jurídicos colectivos que não possuam um qualquer suporte em legítimos interesses individuais, por muito simples que eles se afigurem, como o mero prazer de contemplar o voo de uma ave marinha, completamente inútil à luz de uma consideração pragmática, nomeadamente econômica"[131].

Há, entretanto, uma crítica que vale tanto para a teoria dualista quanto para a teoria monista-estatal: a proteção penal só se justifica em prol do ser humano, individual ou socialmente tomado.

Com efeito, desde o surgimento das teorias contratualistas no período do Iluminismo, o Estado não é concebido como um fim em si mesmo, mas só existe para garantir o pleno desenvolvimento do ser humano.

---

[130] COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*, p. 19.
[131] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente – um quarto de século depois*, p. 284.

Da mesma forma, todos os bens supraindividuais não são protegidos em razão de si mesmos, mas sim para se garantir a existência e continuação da humanidade. Assim, por exemplo, deve-se tomar "o meio ambiente em delito ecológico como o conjunto das condições vitais das pessoas, e não como a pureza da água ou do ar como tais"[132].

Os bens jurídicos difusos, dentre eles o meio ambiente, não são dignos de proteção penal exclusivamente para evitar riscos aos bens jurídicos individuais, mas também para possibilitar o próprio exercício dos interesses humanos relacionados com bens jurídicos individuais aos quais os bens difusos são conexos. Trata-se de proteção positiva e não meramente negativa[133].

O bem jurídico difuso, em outras palavras, é tutelado tendo em vista a proteção do ser humano, bem como visando a possibilitar o pleno desenvolvimento humano. Ora, o bem jurídico difuso nunca deve ser protegido como um fim em si mesmo, senão em decorrência de sua relação com o ser humano. Os "bens jurídicos universais devem se funcionalizar partindo da pessoa"[134].

Dessa forma, a tutela penal de bens jurídicos busca exclusivamente a preservação de interesses indispensáveis para a vida, liberdade e pleno desenvolvimento dos indivíduos. Estes interesses podem ser naturais ou culturais, titularizados por indivíduos determinados ou por toda a coletividade, mas, em todos os casos, deverão ser protegidos unicamente em razão das necessidades dos indivíduos[135].

O bem jurídico difuso deve ser sempre analisado tomando-se como referencial o indivíduo. Quanto mais relevante ao indivíduo, mais legítimo será, e quanto mais abstrato e distante do indivíduo, menor será a possibilidade de ser reconhecido como bem jurídico legítimo. Em razão desta amplitude que o bem jurídico difuso apresenta,

---

[132] HASSEMER, Winfried. *Introducción a la criminología y al derecho penal*, p. 109 (tradução do autor).
[133] DOBÓN, Maria Carmen Alastuey. *Consideraciones sobre el objeto de protección en el derecho penal del medio ambiente*, p. 225.
[134] HASSEMER, Winfried. *¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?*, p. 96 (tradução do autor).
[135] DOBÓN, Maria Carmen Alastuey. *Consideraciones sobre el objeto de protección en el derecho penal del medio ambiente*, p. 218.

torna-se possível reconhecer como passível de tutela penal até mesmo as gerações humanas futuras[136].

Contudo, essa amplitude não pode levar à flexibilização do conceito de bem jurídico, que deve ser concreto e predeterminado, sob pena de enfraquecimento do conceito de modo a perder sua função de limitação do poder punitivo estatal e a ser utilizado de forma arbitrária[137].

Dessa forma, uma teoria pessoal do bem jurídico não o restringe aos bens jurídicos individuais clássicos, aceitando a existência de bens jurídicos difusos, ante as relações existentes entre os indivíduos[138], mas desde que estes bens jurídicos difusos tomem por referência o indivíduo.

A crítica a quem segue a teoria monista-pessoal é que trabalha "com uma noção de 'referência indireta ao indivíduo' tão ampla, que só parecem diferir da concepção dualista no que se refere à terminologia"[139].

Todavia, a referência ao indivíduo, ainda que indireta e longínqua, é necessária porque os bens coletivos não existem como uma finalidade em si mesmo, mas para garantir o pleno desenvolvimento do ser humano.

Como sintetiza Pierpaolo Cruz Bottini, "a construção de um critério mais sólido para a identificação de bens passíveis de proteção penal deve ser realizada sob uma ótica funcional e, nesse sentido, só pode estar fundada na dignidade humana, no conjunto de condições necessárias para a autodeterminação do indivíduo. Assim, apenas elementos fundamentais para a concretização da liberdade de desenvolvimento do cidadão podem compor o rol de bens jurídicos passíveis de proteção penal"[140].

---

[136] COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*, p. 27/28.
[137] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*, p. 144.
[138] STERNBERG-LIEBEN, Detlev. *Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal*, p. 111.
[139] GRECO, Luís. *"Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito*, p. 105.
[140] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*, p. 179.

Entretanto, se de tão longínqua a referência acaba se tornando etérea, então esse suposto bem jurídico difuso deve ser considerado fictício, sendo afastado do âmbito de proteção do direito penal[141].

Como já exposto anteriormente, posicionamo-nos entre aqueles que adotam a teoria monista-pessoal, segundo a qual o bem jurídico pessoal é a única forma de limitação material do poder punitivo estatal.

Em consequência, adotamos um conceito antropocêntrico de bem jurídico. Tal conceito é extensivo à questão do meio ambiente. Se, por um lado, o meio ambiente em si não é o objeto único desta investigação, por outro não se pode negar que o meio ambiente é a mais exata expressão do bem jurídico difuso. Desta forma, necessária a diferenciação entre as teorias antropocêntrica, ecocêntrica e antropocêntrica-ecocêntrica (ou antropocêntrica-relacional).

A teoria antropocêntrica, que é consequência direta da teoria monista-pessoal e do bem jurídico pessoal, não considera o meio ambiente como um fim em si mesmo. A tutela penal do meio ambiente se dá exclusivamente para a proteção, ainda que indireta, do indivíduo e da sociedade. Protege-se, desta forma, os bens jurídicos individuais e supraindividuais ao se proteger o meio ambiente, que não é um bem jurídico autônomo e digno de proteção por si mesmo, sem o referencial humano[142].

Já a teoria ecocêntrica, em sentido oposto à teoria antropocêntrica, entende que o meio ambiente é um fim em si mesmo, o que justifica sua proteção penal sem a preocupação com qualquer relação com o indivíduo, pois os valores ecológicos seriam de tal forma relevantes que tornariam o meio ambiente um bem digno da tutela penal de forma autônoma, independentemente das necessidades do indivíduo[143]. Trata-se, assim, de decorrência da teoria dualista.

Por fim, a teoria antropocêntrica-ecocêntrica ou antropocêntrica-relacional é uma terceira via em relação às duas teorias anteriores, pois "reconhece que realmente há bens jurídicos ambientais autônomos, mas estes também devem ter como referência o ser

---

[141] SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *O meio ambiente (natural) como sujeito passivo dos crimes ambientais*, p. 257.
[142] SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *O meio ambiente (natural) como sujeito passivo dos crimes ambientais*, p. 270.
[143] SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *O meio ambiente (natural) como sujeito passivo dos crimes ambientais*, p. 271.

humano. Entende-se que o meio ambiente, mesmo sendo considerado um 'fim em si mesmo', deve ser alvo de proteção penal tendo em vista a idéia relacional de responsabilidade do homem não só para com a natureza, mas também para com as gerações futuras"[144].

As teorias ecocêntrica e antropocêntrica-ecocêntrica têm por escopo uma proteção maior ao meio ambiente. Todavia, apesar da louvável preocupação, o direito penal não é o instrumento adequado para este fim, ao menos quando se perde o referencial humano, protegendo o meio ambiente como um fim em si mesmo.

### 3.2. A Proteção Penal do Bem Jurídico Difuso

As peculiaridades apresentadas pelo bem jurídico difuso refletem na forma pela qual o direito penal o protege. Todavia, esta forma de proteção muitas vezes entra em confronto com as garantias lentamente conquistadas com a evolução do próprio direito penal, sendo o conceito de bem jurídico uma dessas garantias.

Convém lembrar com Ana Elisa Liberatore Silva Bechara que

> "a teoria do bem jurídico e o modelo de crime como ofensa a um dado bem jurídico afirmaram-se, ao longo do tempo, como critério de delimitação não só da matéria de incriminação, como dos próprios contornos da respectiva tutela. Essa herança do Iluminismo refuta modelos de estado autoritários, permitindo-nos afirmar a legitimidade do Direito Penal no Estado Democrático de Direito. A par de tal referida constatação quanto à função de delimitação da noção de bem jurídico, são conhecidos os impactos trazidos pela denominada sociedade de risco no âmbito jurídico-penal, em especial no que se refere à antecipação da tutela de bens jurídicos supra-individuais de cunho econômico, ambiental, tecnológico ou de consumo, por meio da tipificação crescente de crimes de perigo abstrato, mormente sob a forma de crimes de cumulação e mera desobediência"[145].

---

[144] SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *O meio ambiente (natural) como sujeito passivo dos crimes ambientais*, p. 272.
[145] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Delitos sem bens jurídicos*, p. 4.

É claro que também se tipificam crimes materiais relativos à proteção de bens jurídicos difusos. Todavia, as tipificações que geram controvérsias são as relativas aos crimes de perigo abstrato e aos crimes cumulativos (também chamados delitos de cumulação ou de acumulação), especialmente em razão da ausência de ofensividade ao bem jurídico protegido, e de se tornarem crimes de mera desobediência.

Vejamos então essas espécies de tipificação criminal.

### *3.2.1. O crime de perigo abstrato*

A busca pela proteção dos bens jurídicos difusos reside na antecipação da proteção a bens jurídicos individuais. Passa-se a tutelar não apenas a lesão, mas principalmente a se usar o direito penal para delimitar atividades que possam vir a gerar perigos. Trata-se do gerenciamento de riscos.

Nas palavras de Pierpaolo Cruz Bottini, "os delitos de perigo abstrato, que tratam apenas de ações arriscadas, com potencialidade de lesão ou de exposição a perigo de bens jurídicos, mas não exigem a presença fática do mesmo, seriam, portanto, mais bem definidos como delitos de *risco* ou delitos de *periculosidade*"[146].

Não se tutela simplesmente a lesão ao bem jurídico difuso, tampouco o perigo de lesão efetivamente sofrido por ele, mas o mero risco (e não o perigo) a que ele foi exposto, em razão até mesmo da dificuldade de se demonstrar o perigo concreto sofrido pelo bem jurídico difuso.

O motivo pelo qual se tutela o risco está no fato de a proteção penal aos bens jurídicos difusos não encontrar relação com o enfoque autor-vítima, pois não raro é impossível sequer identificar quais indivíduos sofrerão as consequências da conduta delituosa. Em razão disto, o legislador passa a tipificar o crime como sendo um delito de perigo abstrato[147].

Vários são os enfoques que se pode dar ao crime de perigo abstrato, desde a "proposta de (re)leitura dos crimes de perigo abstrato como presunção relativa de perigo

---

[146] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*, p. 114.
[147] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*, p. 121.

(Schröder), ao perigo abstrato como perigosidade (*Gefärlichkeit*) (Gallas, Giusino, Meyer, Hirsch, Zieschang e Mendonza Buergo), passando pela tomada do perigo abstrato como probabilidade de perigo concreto (Cramer), como negligência sem resultado (Horn, Brehm, Schünemann e Roxin), ou ainda, como risco de lesão ao bem jurídico (Wolter e Martin)"[148].

Em todo caso, "a ciência jurídico-penal permite hoje afirmar, sem qualquer tipo de receio, a total superação das tradicionais compreensões formal-positivistas dos crimes de perigo abstrato"[149]. O crime de perigo abstrato deixa de ser a mera desobediência à norma, para se adequar ao princípio da exclusiva proteção a bens jurídicos.

Essa adequação justifica-se porque o direito penal tem por função a proteção de bens jurídicos, não bastando a mera referência a bens jurídicos na norma penal. O legislador deve criminalizar apenas condutas que se mostrem ofensivas a bens jurídicos[150] e cuja prática ocasione uma lesão a estes bens, ou ao menos gerem um perigo ao bem jurídico tutelado pela norma[151].

A punição da conduta se dá não pela mera desobediência à norma, mas pelo fato de que esta conduta colocou o bem jurídico tutelado em risco. Ainda que o perigo concretamente não tenha ocorrido, houve a possibilidade (o risco) de ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma.

Seguindo a lição de Fábio Roberto D`Ávila, "o critério limite de verificação de uma situação de perigo abstrato é, desse modo, um critério misto, objetivo-normativo, expresso na idéia de *possibilidade não-insignificante de dano ao bem jurídico*, a ser constatada, pelo magistrado, através de um juízo *ex ante* de base total – ou seja, um juízo em que são consideradas todas as circunstâncias objetivas *in casu* relevantes, independentemente do seu conhecimento por parte do autor"[152].

---

[148] D'ÁVILA, Fábio Roberto. *O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. Elementos para a legitimação do direito penal secundário*, p. 95.
[149] D'ÁVILA, Fábio Roberto. *O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. Elementos para a legitimação do direito penal secundário*, p. 95.
[150] D'ÁVILA, Fábio Roberto. *O ilícito penal nos crimes ambientais. Algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental*, p. 32.
[151] SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*, p.73.
[152] D'ÁVILA, Fábio Roberto. *O ilícito penal nos crimes ambientais. Algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental*, p. 39.

Analisa-se, assim, o risco que o agente potencialmente gera com sua conduta ao bem jurídico tutelado, sendo esta análise feita com os dados existentes no momento da conduta (juízo *ex ante*).

Leciona ainda Fábio Roberto D`Ávila que "diferentemente do perigo concreto, em que o bem jurídico entra no raio de ação da conduta perigosa, permitindo falar em uma verdadeira crise do bem jurídico, o ilícito-típico de perigo abstrato se satisfaz com uma *interferência na esfera de manifestação do bem jurídico*, a qual retira deste a segurança da sua continuidade existencial. Ou, dito de outra forma, a entrada do bem jurídico no raio de ação da conduta perigosa é desnecessária, porque nos crimes de perigo abstrato busca-se proteger, mais precisamente, *a dimensão dinâmica* do bem jurídico, através da ampliação da tutela penal ao *campo de atuação desse mesmo bem jurídico*"[153].

Em um juízo *ex ante*, tanto no perigo concreto como no perigo abstrato o agente sabe que sua conduta poderá colocar em risco bens jurídicos. O que diferencia as duas espécies de perigo é o juízo *ex post*.

No crime de perigo concreto, em um juízo *ex post*, percebe-se que o bem jurídico foi efetivamente exposto ao perigo criado pelo agente. O perigo foi real, mas não chegou a causar dano.

Já no crime de perigo abstrato, em um juízo *ex post*, nota-se que nenhum bem jurídico foi efetivamente exposto ao perigo, ou seja, não houve um perigo real. A previsão anterior de exposição de bem jurídico a perigo não se concretizou. Mas isto ocorreu devido apenas a circunstâncias alheias ao controle e ao conhecimento do agente no momento da conduta.

Pode-se oferecer o exemplo de quem conduz seu veículo e faz uma ultrapassagem (utilizando-se da faixa de direção contrária) em uma curva cega da estrada. No momento em que adentra a curva na faixa de direção contrária (juízo *ex ante*), não tem o agente o conhecimento de se vem outro veículo na mão de direção contrária ou não, ou seja, não tem o agente como saber se concretamente irá expor bens jurídicos (vida, integridade física) a perigo real.

---

[153] D'ÁVILA, Fábio Roberto. *O ilícito penal nos crimes ambientais. Algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental*, p. 41.

Analisando-se posteriormente (juízo *ex post*), na hipótese de não haver outro carro na mão de direção contrária, constata-se que nenhum bem jurídico foi exposto concretamente a perigo, tratando-se, assim, apenas de perigo abstrato.

Já no caso de haver outro veículo na mão contrária de direção (que precisou frear para impedir a colisão, por exemplo), o perigo foi real, tratando-se de perigo concreto.

O perigo concreto, dessa forma, é a real colocação do bem jurídico em perigo de lesão, em análise *ex post*, ou seja, em análise posterior aos fatos, constatando-se a efetiva ocorrência do perigo real.

Já o perigo abstrato configura-se apenas em uma análise *ex ante*, ou seja, em uma análise anterior à ocorrência dos fatos, na qual o perigo abstrato existirá se a conduta gerar a possibilidade de ocasionar dano ao bem jurídico, ainda que este perigo não venha a efetivamente ocorrer (pois se o perigo realmente ocorrer, será concreto).

Em razão deste juízo *ex ante* alguns autores defendem que o crime de perigo abstrato é uma presunção de perigo, o que não nos parece acertado.

Sendo esta presunção de perigo uma presunção absoluta, isto poderia levar à incriminação pela mera desobediência à norma, eis que, ainda que a conduta não fosse sequer apta a ocasionar qualquer lesão ao bem jurídico (ou seja, mesmo que fosse impossível a criação do perigo pela conduta), continuaria a ser considerada típica.

Se desde o início não havia sequer o risco de colocação do bem jurídico em perigo, inexiste o próprio perigo abstrato.

Como ensina Pierpaolo Cruz Bottini, "o tipo de perigo abstrato somente será completo, sob uma perspectiva objetiva, diante de um juízo de periculosidade que permita afirmar a existência concreta de riscos para os bens jurídicos protegidos, realizado sob uma perspectiva *ex ante* que agregue elementos ontológicos e nomológicos sobre os cursos causais passíveis de afetar os interesses tutelados. Desta forma, a ausência de periculosidade afetará a tipicidade e retirará do âmbito de incidência da norma penal o comportamento valorado"[154].

---

[154] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*, p. 229.

No entanto, considerando-se o crime de perigo abstrato como presunção relativa de perigo, acabam-se fundindo os crimes de perigo abstrato e perigo concreto, cuja diferença seria apenas o ônus probatório. Ora, se a presunção é apenas relativa, é passível de prova em sentindo contrário, e caso ficasse comprovado que no caso concreto o perigo não se realizou, estaria afastada esta presunção.

Em outros termos, afastada a questão processual da prova da existência do perigo, seria necessária a existência do perigo real para a configuração do crime de perigo abstrato, confundindo-se-o com o próprio crime de perigo concreto.

Ora, não é o ônus probatório que determina ou diferencia a espécie delitiva. Exatamente por essa razão, o crime de perigo abstrato não se trata de simples presunção de perigo, seja presunção absoluta, seja presunção relativa.

O crime de perigo abstrato tipifica o risco que uma conduta gera a bens jurídicos, sob uma análise *ex ante*. Significa dizer que não é uma presunção de perigo, eis que é necessária a demonstração do risco deste perigo ser gerado pela conduta do agente.

Trata-se, assim, de uma prognose póstuma, porquanto se analisa a conduta pelo ponto de vista do próprio agente, no momento da prática delitiva, considerando-se todas as circunstâncias conhecíveis naquele momento. Esta visão *ex ante* é retrospectiva, eis que se refere a momento anterior àquele em que se faz a análise – concreta, por se basear nas circunstâncias existentes no momento da conduta, e prognóstica, já que se elabora uma previsão sobre o resultado que, ao tempo da conduta, é futuro[155].

Assim, delitos que tipificam um perigo concreto só se consumam se restar verificada a presença do perigo real, a partir de análise *ex ante* e *ex post*. Já para os crimes de perigo abstrato, basta a análise *ex ante*, sendo irrelevante a real colocação de bens jurídicos em perigo, consumando-se o delito com a simples colocação do bem jurídico em risco.

Essa é a única forma de se conceber o crime de perigo abstrato sem que seja a mera desobediência à norma, mas respeitando-se o princípio da exclusiva proteção a bens jurídicos.

*3.2.2. O crime cumulativo*

Esclarece Ana Elisa Liberatore Silva Bechara que "a denominação 'delitos de acumulação' (*Kumulationdelikt*) foi empregada pela primeira vez por Lothar Kuhlen, em 1986, ao tratar da matéria ambiental, para designar no âmbito dos delitos de perigo abstrato as condutas que se tornam penalmente significativas não por si mesmas, e sim porque, sem uma proibição sancionatória, seriam realizadas em tal quantidade que levariam à ofensa ao bem jurídico protegido pela norma"[156].

Pune-se a conduta não pelo resultado que produz isoladamente, eis que a conduta isolada não é capaz de causar uma lesão significativa ao bem jurídico (aliás, muitas vezes a conduta isolada não ocasiona qualquer lesão ao bem jurídico), senão pela lesão que pode vir a ser causada ao bem jurídico caso esta conduta seja praticada de forma reiterada (ainda que por diferentes agentes).

Com o delito de acumulação, busca-se a punição de condutas que, tomadas isoladamente, não apresentam lesividade, ou melhor, cuja lesividade não é perceptível de imediato, seja pela sociedade, seja pelo próprio autor da conduta. Todavia, ante a probabilidade da reiteração desta conduta no futuro, e em grande número, passa a ser certo o resultado danoso. Esta prognose de lesividade ao bem jurídico penalmente protegido é a razão de ser do delito de acumulação, que transforma conduta aparentemente inofensiva em conduta merecedora de repreensão pelo Estado, especialmente pelo direito penal. Incrimina-se a conduta isolada por ser parte de um processo coletivo, que não é dominado inteiramente pelo autor, mas que conta com sua participação, responsabilizando-se-o pelo provável resultado futuro[157].

O problema deste tipo de delito é exatamente o fato de se aplicar a pena não pela conduta própria do agente, mas pela probabilidade de outros indivíduos virem também a praticar esta conduta.

Assim, Jesús Pórfilo Trillo Navarro lembra que "Kuhlen parte da possibilidade de punir penalmente uma conduta individual que não seja por si mesma

---

[155] TRENTO, Simone. *Os delitos de perigo abstrato e sua compatibilidade com o direito penal contemporâneo*, p. 46.
[156] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Delitos de acumulação e racionalidade da intervenção penal*, p. 3.
[157] DIAS, Augusto Silva. *"What if everybody did it?": sobre a (in)capacidade de ressonância do direito penal à figura da acumulação*, p. 313.

lesiva ao bem jurídico, nem o coloque em perigo concreto relevante, partindo da possibilidade, certa ou com alto índice de ocorrência de resultado, de que essa conduta em si mesma não lesiva se comete atual ou iminentemente por uma multitude de sujeitos, provocando em sua contemplação global um grave ataque ao bem jurídico"[158].

Ante o potencial lesivo da repetição (acumulação) de tais condutas concretas e individualmente inofensivas, Kuhlen passa a defender não apenas a tipicidade formal de tais delitos, mas também a tipicidade material. De qualquer forma, na concepção de Kuhlen, a acumulação não é uma mera hipótese. Não se trata de simples probabilidade de repetição dos atos, mas a acumulação é um fato que deve ser observado atualmente, ou ao menos deve estar na iminência da repetição por uma pluralidade de indivíduos[159].

Mas Kuhlen não é o único autor a tratar do conceito de delitos de acumulação.

Wohlers busca critérios de legitimação da criminalização de condutas cumulativas, adequando-a às regras do ordenamento penal. Desta forma, como resume Eduardo Saad Diniz, para Wohlers, "punível é apenas a conduta típica que em estritas condições de cumulação representa danosidade, cujo risco representado pelo resultado seja efetivamente vinculado a potencial de perigo. A verificação empírico-racional dos efeitos da conduta orienta a projeção da cumulatividade em dimensões 'realistas' e dá o tom da qualificação jurídica do tipo como cumulativo, impondo os rigores da verificação à intervenção punitiva"[160].

Note-se que, se levada às últimas consequências, qualquer conduta insignificante praticada reiteradamente pode acabar por lesionar algum bem jurídico penalmente tutelado.

Porém, os verdadeiros limites dogmáticos relativos à cumulatividade de condutas como critério dos tipos penais incriminadores serão encontrados no pensamento de Hefendehl.

---

[158] NAVARRO, Jesús Pórfilo Trillo. *Criminalidad de bagatela: descriminalización garantista*, p. 23 (tradução do autor).
[159] SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, p. 132.
[160] DINIZ, Eduardo Saad. *Uma posição sobre os tipos penais cumulativos*, p. 60.

Para Hefendehl, a tipificação do crime cumulativo "se aplica a ações individuais em si inócuas dado que, sem uma proibição reforçada com uma sanção, haveria que contar com que se cometeriam em grande número e, como consequência, resultariam perturbadas funções protegidas. Se só se consideram aptos para a acumulação os efeitos sinérgicos realistas atendendo ao princípio de bagatela, se eliminam parte das objeções formuladas contra o tipo cumulativo. Seu campo de aplicação potencial é muito limitado e abarca unicamente os casos em que condutas relativas a bens e rotinas cotidianas ou profissões podem entrar em conflito (delito contra a segurança do tráfego ou o meio ambiente) ou os efeitos acumulativos realistas em bens jurídicos individuais influam necessariamente nos bens jurídicos coletivos (delitos de falsificação de moeda que se produzem em conexão com ações de 'estafa'). A objeção a que por meio de acumulação se termina fundamentando o ilícito *ex iniuria tertii* só seria certa se no marco da concreta configuração típica se realizasse uma remissão ao injusto de terceiros para fundamentar a responsabilidade"[161].

Dessa forma, "Hefendehl propõe critérios racionais que precisam a legitimação da lógica da cumulação, acrescentando-lhes a ponderação da proporcionalidade e necessidade da intervenção punitiva, sem os quais a reação penal perde o sentido"[162].

Apesar da crítica feita a tal espécie de delitos, como a de Roxin e de Hassemer, defensores do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, e da questionável legalidade de tais crimes, sua utilização tende a ser cada vez maior, com o objetivo de antecipar a proteção aos bens de definitiva relevância ao convívio social.

Em razão dessa natural força expansiva, sua aplicabilidade deve ser a mais restrita possível, unicamente em relação a condutas rotineiras, que tenham concreta possibilidade de resultado cumulativo.

Para tanto, a cumulatividade da conduta não pode ser futura. Em outras palavras, para se punir a conduta ante o provável resultado cumulativo, esta conduta deve, à época da sua prática pelo agente, ser uma conduta cuja prática reiterada já ocorra. Não basta a prospecção de sua reiteração, pois, se assim fosse, acabar-se-ia por fundamentar o ilícito *ex iniuria tertii*. O indivíduo seria punido por haver a mera possibilidade de que

[161] HEFENDEHL, Roland. *El bien jurídico como eje material de la norma penal*, p. 195 (tradução do autor).
[162] DINIZ, Eduardo Saad. *Uma posição sobre os tipos penais cumulativos*, p. 61.

outros indivíduos praticassem futuramente a mesma conduta, chegando-se ao absurdo de punir alguém não apenas por atos de terceiros, mas pela possibilidade da prática de atos por terceiros.

Assim, para a configuração do delito cuja entidade típica demanda a cumulatividade do dano e para que não se puna por ato de terceiros, a conduta deve ser uma prática já reiterada e que já esteja causando lesão ao bem jurídico, ou cujo risco seja efetivo, e não uma simples previsão abstrata de lesão.

### *3.2.3. O crime de mera desobediência*

O crime de mera desobediência é aquele que não protege nenhum bem jurídico, mas apenas a vigência da própria norma, de forma neokantiana[163]. O crime de mera desobediência nada mais é que a simples violação de um dever.

Pune-se a pessoa não por ter lesionado ou colocado em risco algum bem jurídico, mas apenas por ter descumprido o prescrito pela norma estatal.

Esse tipo de criminalização, todavia, só pode ser defendido por aqueles que não adotam o bem jurídico como elemento limitador do poder punitivo estatal, tal como Jakobs[164], para quem a finalidade da pena seria exclusivamente a reafirmação da vigência da norma democraticamente produzida, numa concepção hegeliana[165], não havendo qualquer relação com a evitabilidade de lesões a bens jurídicos[166].

O principal problema em tal concepção, como visto, é conceder ao Estado o poder ilimitado de criminalizar qualquer conduta, ainda que de caráter exclusivamente moral ou ideológico, dando armas ao despotismo e ao moralismo[167], como ocorreu na Alemanha nazista[168].

---

[163] GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal – introdução e princípios fundamentais*, p. 257.
[164] JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal*, p. 114.
[165] A esse respeito, cf. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito,* p. 103.
[166] GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em direito penal*, p. 292.
[167] AMELUNG, Knut. *El concepto "bien jurídico" en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos*, p. 246/247.
[168] ABRAÃO, Eduardo Pião Ortiz. *Bem jurídico penal e Estado Democrático de Direito: uma visão do direito penal como instrumento de concretização da justiça social*, p. 23.

Transforma-se, assim, o Estado Democrático de Direito em mero Estado de Legalidade, resumindo-o à simples divisão formal de poderes[169], na contramão da evolução histórica, iniciada no Iluminismo.

O Estado Democrático de Direito, como leciona Ana Elisa Liberatore Bechara, "deve corporificar em si a proteção da liberdade e do desenvolvimento pessoal e político do cidadão e a moderação e juridicialidade de todo o exercício público. Daí deduz-se que a norma penal apenas é justificável na medida da sua necessidade à proteção das condições da vida de uma sociedade estruturada sobre a base da liberdade e da dignidade humana"[170].

Note-se que a dignidade da pessoa humana é valor supremo[171], princípio que embasa e fundamenta todo o ordenamento jurídico de um Estado Democrático e Social de Direito, em razão da qual se eleva o ser humano ao centro do universo jurídico. O Estado não é um fim em si mesmo (o ser humano o é[172]), e só existe para garantir a dignidade da pessoa humana.

Em razão disso, não há como se aceitar os crimes de mera desobediência, que não tutelam qualquer bem jurídico, mas apenas protegem a validade da própria norma, como se a norma (e o Estado) fosse um fim em si mesmo e o ser humano, mero objeto subordinado aos interesses estatais.

Os crimes de mera desobediência, dessa forma, violam o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos e, em consequência, da própria dignidade humana[173].

Ressalta-se, contudo, que não se confundem os conceitos de crime de mera desobediência com o crime de mera conduta.

Como ensina Paulo José da Costa Júnior, "crimes de mera conduta são aqueles nos quais, para integrar o elemento objetivo do crime, basta o comportamento do agente, independentemente dos efeitos que venha a produzir no mundo exterior"[174].

---

[169] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Delitos sem bens jurídicos*, p. 5.
[170] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Delitos sem bens jurídicos*, p. 5.
[171] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 105.
[172] PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*, p. 75.
[173] Os princípios da exclusiva proteção de bens jurídicos e da dignidade da pessoa humana serão mais bem detalhados no próximo capítulo.
[174] COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de direito penal*, p. 66.

Não há, pois, resultado naturalístico, consumando-se o crime com a mera conduta, que gera um resultado jurídico ou psicológico, lesionando o bem jurídico tutelado.

É o caso do delito de violação de domicílio[175]. A simples entrada indesejada na residência alheia não gera nenhum resultado naturalístico. Todavia, há uma lesão, um abalo, à própria liberdade individual, ante a violação à privacidade alheia.

Ao mencionar o crime formal e o de mera conduta afirma Miguel Reale Júnior: "Desse modo, há sempre um resultado, entendido como manifestação no mundo exterior, verificável concretamente, independentemente de se haver um evento material destacado da conduta. Logo, seja na concussão em que o crime se perfaz com a exigência de vantagem indevida, seja na invasão de domicílio, com a entrada na casa alheia, seja no porte de arma que se consuma com o ato de trazer uma arma sem a devida autorização"[176].

Assim, enquanto no crime de mera desobediência a tipificação da conduta não tutela qualquer bem jurídico, mas apenas a própria vigência da norma (violando, por consequência, o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos e a própria dignidade humana, devendo ser considerado inconstitucional), no crime de mera conduta há sempre um bem jurídico sendo tutelado, mas cuja lesão prevista não é naturalística, pois inexiste um resultado material destacado da própria conduta.

[175] Art. 150 do Código Penal: "Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências:
Pena - detenção, de um a três meses, ou multa".
[176] REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*, p. 268.

# 4. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Atribui-se a origem do princípio da insignificância ao adágio latino *minima non curat praetor*. Segundo tal máxima, o juiz (pretor) não deve se ocupar de questões mínimas.

Foi Lizst quem, no final do século XIX, propôs uma retomada do adágio *minima non curat praetor*, ante o que ele via como sendo um excesso de criminalização, como lembra José Luis Guzmán Dalbora[177]. Embora propusesse a aplicação do princípio ou no âmbito penal ou no processual penal, não aprofundou estudos neste sentido.

Nas palavras de Liszt, "nossa legislação atual faz da pena, como meio de luta, um uso superabundante. Devia se pensar se não mereceria ser restaurado o antigo princípio *minima non curat praetur,* como preceito jurídico de procedimento (decorrência do princípio legal), ou como regra de direito material (impunidade por insignificância da infração)"[178].

Welzel, ao tratar da sua *adequação social*, também começou a analisar as questões das lesões insignificantes: "Por serem socialmente adequadas, ficam excluídas, da mesma forma, as lesões corporais insignificantes"[179]. Tais institutos (adequação social e insignificância), todavia, não se confundem, como veremos posteriormente.

Contudo, a criação do princípio da insignificância é atribuída[180] a Roxin, que se utilizou do termo em artigo datado de 1964, em que tratava do delito de coação (para nós, constrangimento ilegal). Nesta concepção, a máxima *minima non curat praetor* teria especial validade na coação, pois quando esta coação não fosse socialmente danosa em sentido material, não estaria concretizada a antijuridicidade material da conduta[181].

---

[177] DALBORA, José Luis Guzmán. *La insignificância: especificación y reducción valorativas em el âmbito de lo injusto típico,* p. 54.
[178] LISZT, Franz von. *Tratado de derecho penal,* p. 241 (tradução do autor).
[179] WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman*, p. 67, (tradução do autor).
[180] DALBORA, José Luis Guzmán. *La insignificância: especificación y reducción valorativas em el âmbito de lo injusto típico,* p. 66.
[181] DALBORA, José Luis Guzmán. *La insignificância: especificación y reducción valorativas em el âmbito de lo injusto típico,* p. 67.

Posteriormente, em sua consagrada obra *Política criminal e sistema jurídico-penal*, publicado em 1970, em que traçou as bases do seu sistema funcionalista, Roxin voltou a tratar do princípio da insignificância:

> "Sob o prisma do princípio *nullum crimen* é precisamente o contrário o justo[182]: é dizer, uma interpretação restritiva que atualize a função de magna carta do Direito Penal e sua 'natureza fragmentária' e que restrinja conceitualmente só o âmbito de punibilidade que seja indispensável para a proteção do bem jurídico. Para isto fazem falta princípios como o da adequação social, introduzido por Welzel, que não é uma característica do tipo, mas um auxiliar interpretativo para restringir o sentido literal que acolha também formas de condutas socialmente admissíveis. A isto pertence ainda o chamado princípio da insignificância, que permite na maioria dos tipos excluir desde o início danos de pouca importância: lesão não é qualquer tipo de dano à integridade corporal, senão somente um relevante; analogamente, desonesto no sentido do Código Penal é só a ação sexual de uma certa importância, injuriosa em uma forma delitiva é só a lesão grave à pretensão social de respeito. Como 'força' deve se considerar unicamente um obstáculo de certa importância, igualmente também a ameaça deve ser 'sensível' para passar o umbral da criminalidade"[183].

Roxin, partindo do adágio latino *minima non curat praetor*, ressuscitado por Lizst, e tomando como fator comparativo o princípio da adequação social de Welzel, cria o princípio da insignificância como forma de excluir da incidência do direito penal condutas insignificantes.

Nessa esteira, Roxin desenvolve todo o seu pensamento com base em diretrizes político-criminais (incluídos os direitos humanos e os princípios do Estado de Direito e do Estado Social[184]), orientadas pelos próprios fins do direito penal. No contexto da teoria deste autor, cada categoria fundamental do sistema penal (a ação, o tipo, o injusto e a responsabilidade) passa a ser "instrumentos de valoração político-criminais"[185].

---

[182] Roxin referia-se à evolução da jurisprudência alemã, que vinha se mostrando favorável a interpretações extensivas no âmbito do direito penal.
[183] ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*, p. 52/53, (tradução do autor).
[184] ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*, p. 232.
[185] ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*, p. 232.

O princípio da insignificância passa a ser um destes instrumentos de política criminal[186], utilizado como método de interpretação, com o fim de dar um tratamento mais justo, afastando ações apenas formalmente típicas da incidência penal.

Na elaboração do tipo penal, como ensina Miguel Reale Júnior, "o legislador constrói os modelos jurídicos, a partir da realidade que vem a recortar, elevando ao plano abstrato ações que constituem um todo indecomponível, cujas partes se inter-relacionam e se polarizam em torno de um sentido, de um valor, que se apresenta negado pela ação delituosa"[187].

Entretanto, a técnica legislativa não consegue impedir que condutas irrelevantes para o ordenamento penal acabem por se subsumir aos tipos penais, sendo assim considerada formalmente típicas, sem que essa fosse a intenção do próprio legislador, eis que tais condutas irrelevantes deveriam ser afastadas da incidência do ordenamento penal, pois o legislador só deve busca criminalizar condutas que causem ofensas significativas aos bens jurídicos[188].

Assim, para que uma conduta se adequasse ao fato típico seria necessário mais que o mero enquadramento da conduta à norma descritiva, pois isto apenas demonstraria a tipicidade formal desta conduta.

Neste sentido, não bastaria uma lesão formal ao bem objeto da conduta praticada; esta lesão deveria ser de tal monta que fosse perceptível não apenas ao bem

---

[186] A utilização de instrumentos de política criminal na aplicação do direito penal não é isenta de críticas. Lúcio Antônio Chamon Junior, por exemplo, apresenta vigorosa crítica a esta prática: "Em que sentido, afinal, podemos legitimamente afirmar que razões políticas podem ser transferidas ao Direito: será que por um processo democrático, em que todos temos garantidas liberdades de participação, ou em um processo jurisdicional de aplicação do Direito, a deixar a cargo da autoridade jurisdicional a escolha de quais são essas 'finalidades' político-criminais?" (*Teoria constitucional do direito penal: contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois*, p. 154). O mesmo autor continua: "em um processo de aplicação do Direito, jamais podemos pretender como determinantes, de maneira legítima, argumentos éticos, referidos a valores, argumentos pragmatistas, referidos a meios para se alcançar uma determinada finalidade, e argumentos morais, referidos à idéia de justo" (*op. cit.*, p. 156). Não nos parece correta a ideia de que toda a discussão valorativa fique restrita ao processo legislativo, ainda que democrático, restando às decisões judiciais a mera aplicação fria da norma. Nota-se que o simples processo democrático não é suficiente para coibir abusos do Estado. Convém lembrar que o Estado Nazista foi instaurado de maneira democrática, em seu início. Este é o risco do positivismo jurídico radical, defendido pelo autor: "O fato de algo ser justo, ou injusto, jamais pode, legitimamente, determinar a aplicabilidade, ou não, de uma norma *jurídica*. Razões de justiça são distintas de razões de juridicialidade" (*op.cit.*, p. 158). Ora, não se pode aceitar como válida a aplicação de normas injustas. Exatamente para coibir tais distorções que um sistema jurídico-positivista pode ocasionar existem os princípios, normas essencialmente valorativas que fornecem instrumentos ao julgador para concretizar os objetivos do próprio ordenamento jurídico, em especial a aplicação justa de suas normas para o bom convívio social.

[187] REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral,* p. 133.

[188] SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância e os crimes ambientais*, p. 5.

jurídico individualizado no objeto que sofreu a conduta praticada, mas deveria ser considerada danosa em relação ao bem jurídico abstratamente considerado.

Significa dizer que, para considerar a existência do resultado, este resultado deve ser mensurável tomando-se por base o bem jurídico abstratamente considerado.

O princípio da insignificância é exatamente o instrumento de interpretação da norma penal, utilizado pelo operador do direito, em especial pelo julgador, para afastar a incidência do tipo penal em relação a situações irrelevantes. Trata-se, assim, de um instrumento de política criminal que reafirma os princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade do direito penal[189].

Nas palavras de Carlos Vico Mañas:

> "É nesse contexto que deve ser entendido o princípio da insignificância. É ele um instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma relevante os bens jurídicos protegidos pelo direito penal. A adoção do princípio da insignificância auxilia na tarefa de reduzir ao máximo o campo de atuação do direito penal, reafirmando seu caráter fragmentário e subsidiário, reservando-o apenas para a tutela jurídica de valores sociais indiscutíveis"[190].

Apesar de tal entendimento ter-se iniciado em relação aos delitos patrimoniais, o princípio da insignificância também se aplica a outros bens jurídicos penalmente tutelados, como será visto no decorrer do trabalho.

### 4.1. O Adágio Romano *Minima Non Curat Praetor*

Como já visto, atribui-se o surgimento do princípio da insignificância ao adágio romano *minima non curat praetor.* Todavia, pelo próprio desenvolvimento do

[189] MAÑAS, Carlos Vico. *Tipicidade e princípio da insignificância*, p. 93.
[190] MAÑAS, Carlos Vico. *Tipicidade e princípio da insignificância*, p. 97.

direito romano, deve-se reconhecer "uma origem mais civil que penal do aforismo *minima non curat praetor*"[191], dado que o direito romano não apresentou grande desenvolvimento na face criminal, ao contrário do ocorrido com a parcela cível, que se estuda até hoje.

Além disso, apenas no Iluminismo o direito penal passou a ser objeto de uma visão mais acentuadamente crítica, que buscava a limitação do poder punitivo estatal, tendo como marco a obra *Dos delitos e das pena*, de Beccaria, publicada em 1764.

Assim, não há como se imaginar que, séculos antes de se começar a buscar uma limitação ao direito penal e ao poder punitivo do Estado, Roma (sequer em seu momento republicano, e ainda menos durante o Império Romano) tenha buscado limitar sua força punitiva, deixando de punir as pequenas infrações.

Trata-se, na verdade, de um pressuposto processual (civil, em sua essência) que restringiria o acesso ao órgão jurisdicional, de modo a impedir que questões controversas de pequenas proporções fossem submetidas à análise do órgão jurisdicional.

Dessa forma, o objetivo do adágio nunca foi restringir o poder punitivo estatal. Visava-se, apenas, a reduzir o trabalho do órgão jurisdicional.

Todavia, o brocardo *minima non curat praetor* certamente serviu de inspiração para a criação de um princípio novo, o da insignificância, que se afasta da aplicação original do adágio romano. Inspirou, também, outros institutos de direito processual penal.

Como já visto, Lizst mesmo já entendia que o adágio romano deveria ser de alguma forma restaurado, dando-se a ele aplicação às ciências criminais, seja em direito penal, seja em direito processual penal[192]. Assim é porque são vários os instrumentos normativos que podem ser utilizados para afastar condutas da tutela penal do Estado. Desta forma, condutas insignificantes (mas formalmente típicas) podem ser tratadas pelo Estado de mais de uma maneira, em razão da existência de institutos processuais que buscam restringir o âmbito de atuação punitiva estatal, coexistindo com o princípio da insignificância.

---

[191] DALBORA, José Luis Guzmán. *La insignificância: especificación y reducción valorativas em el âmbito de lo injusto típico,* p. 66 (tradução do autor).
[192] LISZT, Franz von. *Tratado de derecho penal,* p. 241.

Teresa Armenta Deu[193], por exemplo, trabalha profundamente o princípio processual penal da *oportunidade*[194], pelo qual o Ministério Público pode dispor da ação penal, não processando os autores de ações que causem danos ínfimos. Este princípio, sim, é uma decorrência direta do adágio romano *minima non curat praetor*.

Também esse é o posicionamento de Hans Joachim Hirsch: "ninguém duvida da necessidade de criar um corretivo para as formas de comportamento insignificante que, como consequência da tipificação e, em suma, com a generalização, ficam compreendidas na interpretação da lei penal e, como possível via de solução, se admite um princípio de oportunidade excepcional, limitado a essa *tarefa de correção: minina non curat praetor*!"[195].

Todavia, não se confundem o princípio da insignificância e o princípio da oportunidade. Pelo primeiro, o fato deixa de ser considerado um crime. Pelo último, a conduta é criminosa, porém o responsável pela *persecutio criminis* entende desnecessário no caso específico o ajuizamento da ação penal.

Tal diferença é significativa, porquanto a incidência do princípio da oportunidade pode estar condicionada ao cumprimento de alguma restrição (como no modelo brasileiro adotado para o instituto da transação penal), o que não ocorre com o princípio da insignificância que opera desde logo excluindo a tipicidade da conduta. Neste caso, nem mesmo a denominada *persecutio criminis* provisória ou preliminar pode haver, vedada a aplicação de qualquer instituto processual penal[196], mesmo aqueles decorrentes do próprio adágio *minima non curat praetor*.

Todavia, foge ao objeto desse trabalho o estudo dos institutos processuais que visam afastar do Juízo Criminal condutas de reduzida lesividade ou que visam a minimizar as repercussões dessas condutas.

---

[193] DEU, Teresa Armenta. *Criminalidad de bagatela y principio da oportunidad: Alemania y Espana*, p. 29 e seguintes.

[194] Em nosso ordenamento, o princípio da oportunidade na ação penal pública é ordinariamente afastado pelo princípio da obrigatoriedade. Os órgãos incumbidos da *persecutio criminis* (tanto o Ministério Público, como a autoridade policial) não possuem discricionariedade em relação à instauração de inquérito ou ao ajuizamento da ação penal, agindo de forma vinculada. O princípio da oportunidade só existe na ação penal privada. A Lei dos Juizados Especiais, todavia, mitigou o princípio da obrigatoriedade, com institutos como a transação penal e a suspensão condicional do processo.

[195] HIRSCH, Hans Joachim. *El tratamento de la criminalidad de bagatela em la República Federal Alemana: con especial atención a la posición del Ministerio Fiscal*, p. 257 (tradução do autor).

[196] A aplicação de institutos processuais penais em decorrência do princípio da oportunidade é incompatível com o reconhecimento da insignificância, que pode ser verificável de pronto, mas também pode ser só reconhecível no momento da sentença, após a instrução processual.

**4.2. Fundamentação Jurídica**

O princípio da insignificância decorre de outros princípios, eis que não está expressamente positivado em nosso ordenamento[197]. Mais especificamente, decorre dos princípios da dignidade da pessoa humana, da exclusiva proteção de bens jurídicos, da ofensividade, da intervenção mínima, da fragmentariedade e da proporcionalidade. Vejamos.

*4.2.1. O princípio da dignidade da pessoa humana*

A dignidade da pessoa humana não se constitui em mero princípio do direito penal, mas ultrapassa mesmo as fronteiras do direito constitucional, para ser um princípio que embasa e fundamenta todo o ordenamento jurídico de um Estado Democrático e Social de Direito.

Desenvolvido essencialmente após os trágicos acontecimentos da Segunda Guerra Mundial, mas inspirado já por documentos anteriores[198], o princípio da dignidade da pessoa humana fundamenta atualmente todo o ordenamento jurídico pátrio.

Expressamente previsto no inciso III do artigo 1º da Constituição da República, a dignidade da pessoa humana constitui fundamento do Estado Democrático de Direito que é a República Federativa do Brasil. Não é diferente com o princípio da insignificância, que encontra seu embasamento teórico na dignidade da pessoa humana.

Todavia, a *dignidade da pessoa humana* é de difícil conceituação.

Assim define Ingo Wolfgang Sarlet:

> "temos por dignidade da pessoa humana *a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a*

[197] Há raras exceções, como indica Cássio Vinícius D. C. V. Lazzari Prestes, em sua obra *O princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade no direito penal* (p. 38), que cita os artigos 209, § 6º e 240, § 1º, ambos do Código Penal Militar, que tratam, respectivamente, da lesão levíssima e do furto insignificante.

> *pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos*"[199].

A dignidade da pessoa humana não é um direito, mas qualidade intrínseca do todo ser humano. De seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico, entretanto, decorre a necessidade de proteção de todos os direitos fundamentais do homem.

Para José Afonso da Silva, a "*dignidade da pessoa humana* é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida"[200], e com isso repele a possibilidade de se criar (ou manter) normas que violem qualquer destes direitos fundamentais por ela abarcados (caráter negativo), devendo ainda o Estado buscar o pleno desenvolvimento dos homens (caráter positivo).

A *dignidade da pessoa humana*, assim, é a elevação do ser humano (e não do Estado) ao centro do universo jurídico (antropocentrismo), razão pela qual se garantem a ele todos os direitos (fundamentais) necessários para o pleno desenvolvimento de suas capacidades (físicas, mentais, culturais etc.).

Acerta Luiz Regis Prado quando afirma que "o reconhecimento do valor do homem enquanto homem implica o surgimento de um núcleo indestrutível de prerrogativas que o Estado não pode deixar de reconhecer, verdadeira esfera de ação dos indivíduos que delimita o poder estatal"[201].

O Estado não é um fim em si mesmo, e só existe para garantir a dignidade da pessoa humana[202]. O ser humano é um fim em si mesmo[203].

Exatamente por essa razão, toda e qualquer norma do ordenamento deve buscar garantir a dignidade da pessoa humana e deve ser interpretada da forma que mais

---

[198] Tome-se, como exemplo, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada em 1789.
[199] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 63, mantido o destaque do texto original.
[200] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 105.
[201] PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro – vol. 1: parte geral; arts. 1º a 120*, p. 137.
[202] Essa concepção de Estado justifica-se desde as teorias contratualistas, eis que o homem só teria deixado de viver "na natureza", passando a viver em sociedade, porque o Estado lhe garantiria melhores condições de sobrevivência.
[203] PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*, p. 75.

garanta a dignidade da pessoa humana, sendo assim parâmetro interpretativo de todo o ordenamento jurídico[204], e qualquer norma que viole a dignidade da pessoa humana deve ser afastada (seja do ordenamento, por uma violação já em abstrato, seja da aplicação em um caso concreto, quando apenas esta aplicação viole a dignidade da pessoa humana). Desta forma, este princípio fundamenta todos os demais princípios e regras do ordenamento, em especial os princípios e regras do direito penal.

No entanto, não se pode deduzir dessa assertiva que o Estado não possa restringir ou privar o ser humano de direitos, porque "nem toda lesão a estes direitos resulta em violação ao princípio da dignidade, que apenas estará caracterizado quando houver a violação do núcleo essencial de um desses direitos, somada à dominação ou subjugação da pessoa"[205].

Dessa forma, para restringir ou privar as pessoas de algum direito fundamental, o Estado deve fazê-lo de forma a ser respeitada a sua dignidade intrínseca. Nota-se que o ser humano não poderá ser tratado como objeto ou como instrumento para se atingir um fim qualquer. Este já era o entendimento de Immanuel Kant, que serviu de base para todo o desenvolvimento do conceito de dignidade da pessoa humana, para quem o homem "existe como um fim em si mesmo, não como um meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade"[206].

Contudo, a ideia de não tratar o homem como instrumento não faz com que os seus direitos, nem mesmo os fundamentais, decorrentes diretamente da dignidade da pessoa humana, sejam absolutos. Aliás, nem mesmo a dignidade da pessoa humana é um princípio absoluto, pois "no mínimo – e neste sentido já não se poderá falar de um princípio absoluto – impende reconhecer que mesmo prevalecendo em face de todos os demais princípios (e regras) do ordenamento, não há como afastar (...) a necessária relativização (ou, se preferirmos, convivência harmônica) do princípio da dignidade da pessoa humana em homenagem à igual dignidade de todos os seres humanos"[207].

É possível, por exemplo, aplicar uma pena que restrinja a liberdade de alguém, liberdade esta que é um direito humano fundamental, e como tal integrante do

---

[204] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 84.
[205] COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva*, p. 57.
[206] KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 68.

conceito de dignidade da pessoa humana. Mas para que isso seja possível, esta pena deve ser previamente cominada em lei, como decorrência da prática de um crime; deve-se garantir a este indivíduo um processo no qual ele possa se defender da acusação e produzir todas as provas necessárias para sua defesa; esta pena deve ser por prazo determinado e não ter caráter perpétuo; o cumprimento desta pena deve se dar em um local com condições adequadas às suas condições pessoais (idade, sexo, condições físicas e mentais); devem ser garantidas, ainda, ao indivíduo condições de alimentação, higiene, segurança.

A pena privativa de liberdade não pode ser afastada "sob o argumento de que a segregação do ofensor se afigura impossível já que, por sua vez, implicaria limitação de sua própria dignidade"[208], porque esta pena deve ser vista "apenas como restrição intensa da liberdade, que, no entanto, preserva íntegro o conteúdo em dignidade inquestionavelmente ínsito aos direitos de liberdade"[209].

A pena criminal (não apenas de prisão, mas também a restritiva de direitos), tal qual prevista no nosso ordenamento, não viola o princípio da dignidade da pessoa humana, mas apenas *comprime* a esfera de dignidade do apenado, decorrente da sua prévia violação à dignidade alheia. Assim, "a própria dignidade individual acaba, ao menos de acordo com o que admite parte da doutrina constitucional contemporânea, por admitir certa relativização, desde que justificada pela necessidade de proteção da dignidade de terceiros, especialmente quando se trata de resguardar a dignidade de todos os integrantes de uma determinada comunidade"[210].

Kant, como é sabido, negava a possibilidade de atribuir-se à pena a finalidade preventiva, argumentando que isto seria uma violação à dignidade humana do agressor, que passaria a ser um mero instrumento do Estado, que, por razões utilitárias, aplicaria uma pena buscando evitar o cometimento de outros crimes, independentemente do mal gerado pelo agressor.

Para ele, a pena "jamais pode ser infligida meramente como um meio de promover algum outro bem a favor do próprio criminoso ou da sociedade civil. Precisa

---

[207] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 78.
[208] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 132.
[209] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 132.

sempre ser a ele infligida somente porque ele cometeu um crime, pois um ser humano nunca pode ser tratado apenas a título de meio para fins alheios ou ser colocado entre os objetos de direitos: sua personalidade inata o protege disto, ainda que possa ser condenado à perda de sua personalidade civil"[211], já que o homem "existe como um fim em si mesmo, não como um meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade"[212].

Realmente, uma pena que não fosse limitada pela figura da retribuição, sendo aplicada *a priori*, independentemente da prática de qualquer delito, fundamentada apenas na prevenção, restringindo a liberdade (ou a vida) de alguém apenas porque este alguém se mostra (em tese) perigoso, tal pena realmente violaria a dignidade da pessoa humana, por tratar o apenado apenas como um instrumento na busca do fim comum.

Todavia, como já tivemos a oportunidade de defender mais profundamente em outro estudo[213], a pena, aplicada como resposta à prática de um crime, tem como função e limitação a retribuição (ou neorretribuição), o que não afasta a única finalidade da pena: a prevenção[214].

Enfim, "a imposição de uma pena de prisão em regime fechado (pelo menos inicial) embora constitua inequívoca e grave restrição da liberdade pessoal, justificada pela necessidade de coibir e prevenir violações da dignidade e direitos fundamentais de terceiros, não assume a condição de ofensa (esta sim intolerável) ao conteúdo em

---

[210] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 137.
[211] KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*, p. 174.
[212] KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 68.
[213] CINTRA, Adjair de Andrade. *Prescrição penal e finalidades da pena*, dissertação de mestrado apresentada no curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
[214] CINTRA, Adjair de Andrade. *Prescrição penal e finalidades da pena*, em que defendemos a separação entre os conceitos de *função* e *finalidade:* "Função, dessa forma, é a utilidade a que algo se presta na prática, uma realidade mensurável. Por outro lado, finalidade é a utilidade a que se busca atingir em algo. Trata-se aqui do universo das intenções. Podem até coincidir função e finalidade, aliás, isto é o que se espera que aconteça" (p. 42). Em razão disto, não coincidem função e finalidade da pena: "A retribuição, dessa forma, não é uma finalidade da pena, é a própria função da pena, já que, se a pena não retribuir o mal causado, não será pena, será um prêmio ou um irrelevante jurídico. Da mesma forma, se a pena ultrapassar os limites da retribuição, ou seja, se a pena for a retribuição de um mal desproporcionalmente maior em relação ao mal causado, deixará de ser pena e passará a ser uma agressão por parte do Estado contra o agressor originário. A retribuição se encontra no mundo do "ser", não no do "dever ser". Por isso é função e não finalidade. Se não for retributiva, não é pena" (p. 32). Em contrapartida, "quando se fala em *finalidade da pena*, trata-se de princípios programáticos que devem orientar o criador (legislador), o julgador (o juiz da condenação) e o executor da pena (juiz da execução), para que esta se preste a certas utilidades esperadas" (p. 42). Espera-se com a tipificação de uma conduta prevenir a sua prática, sendo a prevenção a única finalidade da pena.

dignidade, que, de resto, como já destacado alhures, deve ser igualmente assegurada ao preso (ou qualquer pessoa), por mais indignos tenham sido os atos por este praticados"[215].

A pena, como resposta à prática de um crime, não viola o princípio da dignidade da pessoa humana desde que limitada pela sua função retributiva. É neste aspecto que o princípio da insignificância encontra embasamento na dignidade da pessoa humana.

Se a conduta praticada pelo agente foi de insignificante risco ou lesividade ao bem jurídico, qualquer resposta estatal penal que restrinja qualquer de seus direitos fundamentais ocasionará uma compressão injustificada e desproporcionada, que acaba por se consubstanciar em lesão à dignidade da pessoa humana.

Uma lesão insignificante só poderia ser punida com uma pena insignificante, sob pena de violação à dignidade da pessoa humana. Como nenhuma sanção criminal pode ser considerada insignificante, tais condutas não poderão sofrer as consequências sancionatórias penais.

### *4.2.2. O princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos e o princípio da ofensividade*

Em sua origem, a pena surgiu como a vingança de um agredido contra seu agressor, ou do grupo do agredido contra o grupo do agressor, o que René Ariel Dotti chamou de "revolta coletiva"[216]. A partir do momento em que se preveem os crimes (marco inicial do direito penal), cominando-se sanções, já nas legislações da Antiguidade, o foco do direito penal paulatinamente deixa de ser a vingança, evolui para a retribuição (o *talião*) até alcançar a ideia complexa de retribuição e prevenção (está já defendida por Platão e Aristóteles, como lembra E. Magalhães Noronha[217]).

A simples vingança poderia ser decidida *a posteriori*, ou seja, independeria de prévia cominação legal. O objetivo de se antever uma conduta indesejada e a ela cominar uma sanção foi atemorizar os súditos, para que estas situações indesejadas não

---

[215] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 141.
[216] DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*, p. 31.
[217] NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal, vol. I*, p. 21.

viessem a ocorrer. Nesse sentido, o fim da norma penal é evitar a conduta indesejada[218]. Não se pode perder de vista que o direito penal surge como um instrumento de força do Estado e apenas no Iluminismo começa a se buscar forma de sua limitação. Assim, a lei prévia não era uma garantia dos cidadãos (inexistia o princípio da legalidade então), mas sim uma ameaça de pena, ou seja, a lei prévia surge com a ideia de "terror estatal"[219].

Dessa forma, desde o surgimento do direito penal (entendido neste momento como a positivação da norma incriminadora anteriormente ao fato), seu objetivo, ao menos embrionariamente, foi coibir situações indesejadas. Em outras palavras, a prevenção.

Todavia, nem toda conduta indesejada deve ser considerada crime. Qualquer conduta praticada sem bons modos será indesejada. A simples manifestação de opinião divergente pode ser indesejada pela maioria (ou ao menos por aqueles que detêm o poder). Da mesma forma, o agir (ainda que em lugar privado) de maneira diversa da moral majoritária (como a prática de ato homossexual entre adultos em lugar privado) também costuma ser indesejado por esta maioria.

Para coibir abusos decorrentes da expansão desmedida do direito punitivo, a partir do Iluminismo passou-se a desenvolver o entendimento de que apenas as condutas que violassem direitos de outros indivíduos poderiam ser consideradas crime. Com base nessa ideia de *direitos subjetivos* origina-se o conceito de bem jurídico, como já exposto.

Como visto, entendemos que "os bens jurídicos são interesses humanos que requerem proteção penal"[220], "considerando por tais 'interesses' aqueles 'bens vitais' imprescindíveis para a vida em comum dos indivíduos tais como a vida, a saúde, a liberdade ou a propriedade"[221], seja dos indivíduos hoje vivos como também das futuras gerações, e que encontrem respaldo, ainda que indiretamente, na Constituição.

Tendo em vista que – como defende Roxin – "a função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura"[222], o direito penal está restrito a tipificar como crimes apenas as condutas que

---

[218] PEÑA, Diego-Manuel Luzón. *La relación del merecimento de pena y de la necesidad de pena com la estructura del delito*, p. 120.
[219] ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*, p. 23.
[220] HASSEMER, Winfried. *Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico*, p. 282 (tradução do autor).
[221] SEHER, Gerhard. *La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico*, p. 73/74 (tradução do autor).
[222] ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*, p. 16.

violem bens jurídicos, que são exatamente os bens imprescindíveis para a vida em comum dos indivíduos[223].

Assim surge o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, como uma forma de restringir o poder punitivo estatal, para que não se criem tipos penais que tenham por objeto opiniões, crenças, estilo de vida (ainda que de minorias) ou condutas meramente desagradáveis, mas que não afetam qualquer bem jurídico.

Para alguns autores, como Luiz Regis Prado, coincidem os princípios da exclusiva proteção de bens jurídicos e o da *ofensividade* (ou da *lesividade*), sendo a designação *ofensividade* originária da doutrina italiana[224].

Outros autores, todavia, como Cezar Roberto Bitencourt[225] e Luiz Flávio Gomes[226], diferenciam os dois princípios.

Para o último autor, "a função principal do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos é a de delimitar a forma do Direito penal (ou a forma de um modelo de Direito penal), o Direito penal do bem jurídico, daí que não seja tarefa sua proteger a ética, a moral, os costumes, uma ideologia, uma determinada religião, estratégias sociais, valores culturais como tais, programas de governo, a norma penal em si etc. O Direito penal, em outras palavras, pode e deve ser conceituado como um conjunto normativo destinado à tutela de bens jurídicos, isto é, de relações sociais conflitivas valoradas positivamente na sociedade democrática"[227].

O mesmo autor acrescenta que "o princípio da ofensividade, por sua vez, nada diz diretamente sobre a missão ou forma do Direito penal, senão que expressa uma forma de compreender ou de conceber o delito: o delito como ofensa a um bem jurídico. E disso deriva, como já afirmamos tantas vezes, a inadmissibilidade de outras formas de delito (mera desobediência, simples violação da norma imperativa etc.)"[228].

---

[223] Ressalvado, novamente, entendimento contrário e já mencionado anteriormente, como o de Hegel e Jakobs, para quem a finalidade da pena é meramente a reafirmação da vigência da norma. Todavia, tais concepções fogem à ideia de um direito penal garantista, que é o almejado nos Estados Democráticos e Sociais de Direito.
[224] PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro – vol. 1: parte geral; arts. 1º a 120*, p. 140/141.
[225] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – parte geral, vol 1*, p. 29.
[226] GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal – introdução e princípios fundamentais*, p. 328/329, bem como *Princípio da ofensividade no direito penal*, p. 43.
[227] GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal – introdução e princípios fundamentais*, p. 328/329, bem como *Princípio da ofensividade no direito penal*, p. 43.
[228] GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal – introdução e princípios fundamentais*, p. 328/329.

Todavia, Luiz Flávio Gomes concorda que "os princípios da exclusiva proteção de bens jurídicos e da ofensividade acham-se intimamente vinculados"[229].

Aliás, tais princípios se acham tão vinculados que realmente é impossível dissociá-los. Quando se admite que a missão do direito penal é exclusivamente a proteção a bens jurídicos, é nítido que esta proteção objetiva impedir a lesão ou colocação em perigo de tais bens. Da mesma forma, quando se admite que só se podem incriminar lesões ou perigo de lesões, estas só podem se referir a bens jurídicos.

Apesar do foco central desses princípios ser diverso (o bem jurídico como categoria abstrata para um; a lesão ou perigo de lesão para o outro), não podem existir separadamente, sendo indissociáveis.

O princípio da insignificância, por sua vez, decorre nitidamente do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos e do princípio da ofensividade.

Ora, se o direito penal serve para garantir a existência livre e segura de todos, e, por isso, só pode criminalizar condutas que violem bens jurídicos, não há como se criminalizar condutas que já abstratamente se mostrem insignificantes em relação ao bem jurídico tutelado, eis que lesões insignificantes aos bens jurídicos não são suficientes para por em risco a segurança da vida em coletividade, tampouco o sistema estatal que busca esta segurança.

Da mesma forma, ainda que abstratamente a conduta tipificada preveja a ofensa ao bem jurídico, se no caso concreto esta ofensa foi apenas insignificante, não há porque tal conduta ser considerada um crime, ante a ausência de ofensividade desta conduta[230].

### *4.2.3. O princípio da intervenção mínima*

Como visto acima, a função do direito penal é a proteção de bens jurídicos. Todavia, nem todo bem jurídico deve ser objeto de proteção pelo direito penal, mas apenas

---

[229] GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal – introdução e princípios fundamentais*, p. 328.
[230] Este é, aliás, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, como será visto no capítulo seguinte.

aqueles considerados "imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa"[231].

O princípio da intervenção mínima (também conhecido como princípio da subsidiariedade) determina que o direito penal é a *ultima ratio* estatal, ou seja, o Estado deve buscar proteger os bens jurídicos por meio dos demais ramos do direito, diversos do penal (administrativo, civil, comercial etc.).

Na lição de Luiz Flávio Gomes, "a *subsidiariedade* do Direito penal, por seu turno, significa sua posição de *ultima ratio* frente aos demais sistemas de controle social formal ou informal. Se outros setores do ordenamento jurídico se apresentarem como suficientes e, portanto, como mais idôneos para a tutela de um determinado bem jurídico, não se deve utilizar o Direito penal para atender essa finalidade"[232].

Apenas se estes ramos do direito se mostrarem ineficientes para a preservação do bem jurídico deve então o Estado se socorrer do direito penal, criminalizando a conduta que viola este bem jurídico, eis que o direito penal é o instrumento mais violento de que se utiliza o Estado na busca do controle social.

O princípio da insignificância, dessa forma, decorre nitidamente do princípio da intervenção mínima porque "não se duvida de que os ataques insignificantes não poderiam ser jamais elegidos pelo tipo penal como merecedores de pena, independentemente de que, intrinsecamente, possam habilitar um juízo negativo do ordenamento jurídico geral que propicie a via reparatória específica"[233].

O princípio da insignificância objetiva excluir do âmbito penal as condutas que causem danos de reduzida monta a bens jurídicos, embora não exclua a incidência dos outros ramos do ordenamento jurídico.

Por conseguinte, as lesões insignificantes devem ser objeto de tutela apenas dos outros ramos do ordenamento jurídico, já que o direito penal deve ser apenas a *ultima ratio*, não havendo razão para sua aplicação nestes casos.

---

[231] PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro – vol. 1: parte geral; arts. 1º a 120*, p. 143.
[232] GOMES. Luiz Flávio. *Direito penal – introdução e princípios fundamentais*, p. 292.
[233] VITOR, Enrique Ulises García. *La insignificância em el derecho penal: los delitos de bagatela: dogmática, política criminal y regulación procesal del prinipio*, p. 41 (tradução do autor).

*4.2.4. O princípio da fragmentariedade*

O princípio da fragmentariedade é conexo ao princípio da intervenção mínima, porém com ele não se confunde.

Enquanto o princípio da intervenção mínima determina que o Estado busque prevenir certas lesões inicialmente valendo-se de outros ramos do direito, o princípio da fragmentariedade determina que, ainda que estes outros ramos não se mostrem suficientes, nem toda violação a bens jurídicos ordinariamente tutelados pelo Estado, mesmo que já seja de alguma forma tutelada pelo seu braço penal, deve ser criminalizada, mas apenas as agressões a este bem jurídico absolutamente intoleráveis pela sociedade.

Tome-se, por exemplo, o patrimônio. Este é, sem dúvida, um bem jurídico reconhecido (até constitucionalmente) e tutelado pelo Estado, inclusive de forma penal, criminalizando-se inúmeras condutas. Aliás, o patrimônio é um dos bens jurídicos mais antigos que se protegem, já se encontrando criminalização de condutas que o agridam desde as primeiras codificações que se tem notícia.

Entretanto, não é qualquer lesão ao bem jurídico patrimônio que deve ser considerada crime. Apenas aquelas consideradas inaceitáveis pela sociedade. O roubo (a subtração do patrimônio mediante violência ou grave ameaça) e o estelionato (a perda patrimonial causada mediante fraude), por exemplo, são modalidades de agressões ao patrimônio consideradas inaceitáveis, e que outros ramos do direito não se mostram suficientes para prevenir (princípio da intervenção mínima), e por esta razão foram tipificados como crime pelo legislador.

Todavia, a conduta de não pagar o aluguel residencial, uma violação ao patrimônio do locador do imóvel, não é tipificada como crime. A razão está no fato de tal lesão não ser considerada intolerável.

Apesar de não ser aceita pela sociedade, a lesão ao patrimônio do locador não chega a ser considerada intolerável. Por esta razão, deixa-se para outros ramos do direito (notadamente o direito civil) a tutela do patrimônio lesado pelo inadimplemento do aluguel, ainda que estes ramos não tenham eficácia absoluta no combate a tal conduta lesiva.

O mesmo acontece com a subtração e o dano praticados de forma culposa, eis que apenas as formas dolosas de tais condutas se mostram intoleráveis e, por isso, merecedoras de criminalização.

Entretanto, uma conduta prevista como sendo intolerável pela sociedade por agredir de forma inaceitável um bem jurídico essencial pode, em certas circunstâncias, não causar qualquer agressão significativa a esse bem, sendo apenas formalmente intolerável.

Nesse caso, ante a insignificância da lesão sofrida pelo bem jurídico, essa conduta deve ser afastada do âmbito punitivo da norma penal. Isso não significa, contudo, que a conduta passe a ser aceita, mas apenas tolerada, do ponto de vista do direito penal, restando aos outros ramos do ordenamento jurídico a sua tutela.

### *4.2.5. O princípio da proporcionalidade*[234]

Assim como o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da proporcionalidade não é um princípio exclusivo do direito penal, mas aplicável a todo o ordenamento jurídico[235], com destaque para o direito administrativo.

No que tange ao Direito Penal, Montesquieu foi o primeiro a efetivamente defender a necessidade de *proporcionalidade* entre os crimes e as penas[236], sendo seguido por Beccaria[237], autor que deu notoriedade a este pensamento.

Para eles, a pena imposta ao autor do delito deve ser proporcional ao crime praticado, ou seja, a resposta penal do Estado deve ser proporcional ao mal causado pela prática de uma conduta tipificada como crime. Se o mal que a pena causa ao condenado exceder o mal causado pela prática criminosa, este excesso será um abuso por parte do Estado.

---

[234] Muitos autores diferenciam o princípio da proporcionalidade do princípio da razoabilidade, como o faz, por exemplo, Cezar Roberto Bitencourt (*Tratado de direito penal, parte geral, vol 1.*). Já outros, como Luiz Flávio Gomes (*Direito penal – introdução e direitos fundamentais*), tratam tais princípios como sinônimos. A diferenciação entre tais princípios fugiria ao objetivo dessa obra e, por isso, os conceitos serão tratados como sinônimos.

[235] A propósito, a primeira decisão do Supremo Tribunal Federal a reconhecer a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade não se deu no direito penal, mas no âmbito do direito econômico: ADI 855 MC/PR, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, j. 01/07/1993.

[236] PRADO. Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro – vol. 1: parte geral; arts. 1º a 120*, p. 145/146.

[237] BECCARIA. *Dos delitos e das penas*, p. 58 e 84/87.

Essa ideia de *proporcionalidade* por eles defendida foi incluída na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu artigo 8º[238].

A proporcionalidade é um "liame axiológico e, portanto, graduável, entre o fato praticado e a cominação legal da pena"[239], inexistindo "uma medida absolutamente objetiva, atemporal e neutra para calibrar a importância dos diferentes bens jurídicos com índole constitucional, uma vez que qualquer medida de valor relativa a tais bens varia no tempo, de acordo com a sua percepção e o seu significado social "[240].

A proporcionalidade *lato sensu* se divide em três categorias, quais sejam, adequação ou idoneidade, necessidade ou exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito[241].

Por adequação (ou idoneidade) entende-se que o meio utilizado deve ser apropriado para se atingir o fim desejado. Assim, haverá adequação se a pena cominada (abstratamente) e aplicada (concretamente) for o meio apropriado para se atingir as suas funções e finalidades, tradicionalmente retribuição e prevenção[242].

Por necessidade (ou exigibilidade) entende-se que este meio (adequado) seja imprescindível para a obtenção das funções e finalidades da pena, porque, se existirem outras medidas menos gravosas que atinjam as mesmas finalidades, estas outras medidas deverão ser as escolhidas.

Por fim, proporcionalidade em sentido estrito é o sopesamento entre o meio e os fins, entre o prejuízo sofrido pelo apenado e as vantagens buscadas pela sociedade.

Como bem ensina Mariângela Gama Magalhães Gomes, "esta valoração comparativa diz respeito à intensidade que deve conter o intervento punitivo, posto que quanto mais incisiva for a intervenção penal na esfera jurídica do indivíduo, mais relevante há de ser o interesse geral da coletividade (que com tal intervento se quer perseguir)"[243].

---

[238] "A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada".
[239] GOMES, Mariângela Gama Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*, p. 181.
[240] GOMES, Mariângela Gama Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*, p. 200.
[241] PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro – vol. 1: parte geral; arts. 1º a 120*, p. 145.
[242] Como visto, em nossa dissertação de mestrado, *Prescrição penal e finalidades da pena*, defendemos que a *retribuição* é função da pena, sendo sua finalidade apenas a *prevenção*. Roxin, por sua vez, defende a *prevenção* como única finalidade da pena, sendo a *retribuição* apenas um limitador da intensidade da pena, reconhecendo, assim, o princípio da proporcionalidade.
[243] GOMES, Mariângela Gama Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*, p. 170.

Deve-se, assim, "ponderar o valor do bem jurídico a ser protegido criminalmente, assim como o desvalor da conduta a ele afrontosa (interesse geral), com o valor da liberdade ameaçada pela previsão legal de pena à prática da conduta (interesse individual), e estabelecer a medida em que é cabível abrir mão de um direito individual em nome do interesse geral em jogo. Não se trata mais, portanto, de analisar *se* é possível sacrificar um em detrimento de outro, mas *o quanto* isso é possível"[244].

Como observa Luiz Regis Prado, "a pena deve estar proporcionada ou adequada à intensidade ou magnitude da lesão ao bem jurídico representada pelo delito"[245].

O princípio da proporcionalidade vincula tanto o Poder Legislativo quando o Poder Judiciário, ou seja, deve existir proporcionalidade tanto no momento da cominação legal da pena em abstrato pelo legislador, quanto na sua fixação em concreto pelo juiz[246].

No Brasil, o princípio da proporcionalidade não se encontra expressamente previsto, seja em norma constitucional ou infraconstitucional. Ele é depreendido da interpretação de vários dispositivos constitucionais, dentre os quais a dignidade da pessoa humana e a igualdade, como tão bem detalhado por Magiângela Gama Magalhães Gomes[247].

Vê-se, por fim, que o princípio da proporcionalidade foi adotado pelo ordenamento penal, como se denota do artigo 59 do Código Penal, apesar de nele constar expressamente apenas a categoria da necessidade[248].

Quanto ao princípio da insignificância, também encontra fundamento diretamente no princípio da proporcionalidade já que, como visto, a pena aplicada ao autor de crimes deve ser proporcional à gravidade da conduta praticada.

---

[244] GOMES, Mariângela Gama Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*, p. 171.
[245] PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro – vol. 1: parte geral; arts. 1º a 120*, p. 147.
[246] GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal – introdução e princípios fundamentais,* p. 396.
[247] *O Princípio da proporcionalidade no direito penal*, p. 61/72.
[248] "Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (*grifo nosso*):
I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;
II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível".

Todavia, a conduta insignificante não apresenta qualquer gravidade. Assim, qualquer pena que seja aplicada ao autor de tal conduta será sempre desproporcional, pois nula é a gravidade do ato.

### 4.3. Natureza Jurídica do Princípio da Insignificância

A natureza jurídica do princípio da insignificância é tema debatido na doutrina, sem que se tenha chegado a um ponto definitivo. A maioria da doutrina divide-se entre considerar tal princípio causa excludente de tipicidade ou causa excludente de antijuridicidade (ou ambos, alternativamente). Há, ainda, mesmo que de forma minoritária, aqueles que o tomam por excludente de culpabilidade[249].

A discussão não existe sem razão porque, de acordo com o posicionamento tomado, diversa será a aplicabilidade do princípio, bem como o resultado de sua aplicação.

#### *4.3.1. A antijuridicidade*

Roxin, partindo do adágio latino *minima non curat praetor*, ressuscitado por Lizst, e tomando como fator comparativo o princípio da adequação social de Welzel, cria o princípio da insignificância como forma de excluir da incidência do direito penal condutas insignificantes. Assim como na hipótese de adequação social, na hipótese de insignificância o fato não seria socialmente danoso, de forma que não haveria antijuridicidade material.

Posteriormente, todavia, Roxin mudou seu pensamento sobre a antijuridicidade[250], abandonado a ideia de antijuridicidade material, cujo conteúdo transportou para o âmbito da tipicidade material, como ensina Luiz Flávio Gomes[251]. Concluiu Roxin que, nos casos de ações formalmente típicas, mas cujo resultado era ínfimo, insignificante mesmo, inexistiria afronta ao bem jurídico tutelado pela norma penal e, em consequência, a própria tipicidade estaria afastada.

---

[249] Ivan Luiz da Silva apresenta uma relação dos defensores de cada posição, em sua obra *Princípio da insignificância e os crimes ambientais* (p. 48/54).
[250] GRECO, Luis. *Introdução à dogmática funcionalista do delito: em comemoração aos trinta anos de "Política criminal e sistema jurídico penal" de Roxin*, p. 145.
[251] GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*, p. 74.

Welzel não tratou do princípio da insignificância, mas entendeu que algumas ações insignificantes estariam incluídas em sua teoria da *adequação social*. Entretanto, ele mesmo deslocou sua adequação social de excludente de tipicidade para excludente de antijuridicidade por mais de uma vez[252]. Ainda hoje, o pensamento de Welzel, no sentido de incluir condutas insignificantes como socialmente adequadas, encontra seguidores[253].

Não entendemos dessa forma. Realmente, inúmeras ações insignificantes são socialmente adequadas[254]. Entretanto, esta área de intersecção entre os institutos não deve levar à confusão de conceitos. "A adequação social supõe a aprovação social da conduta enquanto o princípio da insignificância somente uma relativa tolerância por sua escassa gravidade"[255]. Em decorrência, nem todas as ações socialmente adequadas são insignificantes[256], tampouco todas as ações insignificantes são socialmente adequadas[257]. Se uma conduta for socialmente adequada, ou seja, se ela tiver a aprovação social, irrelevante o fato de causar um resultado insignificante ou então de grande vulto.

No mesmo sentido, não há como se aceitar que o princípio da insignificância seja uma causa excludente da antijuridicidade. Para os que adotam tal posição[258], a insignificância afastaria a antijuridicidade material da conduta, por não ser socialmente danosa, como já fazia Roxin no início.

---

[252] Renato de Mello Jorge Silveira, em sua tese de titularidade *Linhas reitoras da adequação social em direito penal* traz esta evolução: Welzel cria o conceito de adequação social "com o claro objetivo de indagar a efetiva dimensão do tipo penal" (p. 125); num segundo momento, Welzel "passa a considerar como típicas, entretanto justificadas, as condutas socialmente adequadas" (p. 140); por fim, "ponderou que a adequação social acaba se mostrando como uma real pauta para os tipos penais", representando "o âmbito normal da liberdade de atuação social" (p. 158). In SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, *Linhas reitoras da adequação social em direito penal*, p. 125, 140 e 158.

[253] FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *O direito penal militar e a utilização do princípio da insignificância pelo Ministério Público*, p. 171.

[254] Por exemplo, a mãe que leva a sua filha, de poucos meses de idade, para que seja feito um furo em sua orelha, para colocar um brinco, pratica uma ação ao mesmo tempo insignificante, eis que a lesão causada à criança é reduzidíssima, e socialmente adequada, pois é uma prática comum em nossa sociedade, o que a leva a ser não apenas tolerada, mas aprovada.

[255] SANGUINÉ, Odone. *Observações sobre o princípio da insignificância*, p. 38.

[256] As práticas esportivas amadoras, como uma partida de futebol entre amigos, podem causar graves lesões a seus participantes. Tais práticas esportivas são consideradas socialmente adequadas, ainda que as lesões causadas venham a ser graves, ou seja, não insignificantes.

[257] O furto de um pote de manteiga do supermercado é considerado insignificante, sem jamais ser considerado como socialmente adequado.

[258] Entre eles, podemos destacar, Guzmán Dalbora, Heinz Zipf, e, no Brasil, Alberto Silva Franco.

Tal posicionamento pode ser justificável para aqueles que fundem o fato típico e a antijuridicidade em um conceito único[259]. Todavia, considerando-se a distinção entre o fato típico e antijuridicidade, não há como se aceitar que o princípio da insignificância exclua a antijuridicidade, já que, antes de significar a singela violação da norma penal, a antijuridicidade explicita o desacordo da conduta com o ordenamento jurídico como um todo.

Dessa forma, uma causa que exclua a antijuridicidade de uma conduta nada mais faz que a tornar lícita, e não apenas para o sistema penal, mas para todo o ordenamento[260]. "A antijuridicidade, portanto, é concebida globalmente dentro da ordem jurídica, não sendo exclusividade deste ou daquele ramo do direito"[261].

Se a insignificância excluísse a antijuridicidade da conduta, isso faria com que o lesado (ainda que de forma insignificante) não pudesse buscar a reparação em qualquer outra esfera do direito, ou seja, o lesado não poderia cobrar, perante o juízo cível, o pagamento do valor (ainda que insignificante) subtraído.

E não é só.

Se alguém pratica uma conduta tipificada como crime, mas a pratica em legítima defesa, sua conduta é lícita e não pode ser sancionada ou gerar quaisquer consequências para o agente, seja no âmbito penal ou em qualquer outra esfera do direito, ainda que esta conduta lícita cause danos sociais[262]. E o mesmo ocorre com qualquer outra causa excludente de antijuridicidade[263].

---

[259] Assim, por exemplo, o entendimento de Miguel Reale Jr, para quem "a antijuridicidade seria a constatação de que a ação é típica pela ausência de causas de justificação, ou seja, o que se contém na compreensão de fato típico, pois só é típico o que for lesivo de um valor por não se realizar a ação iluminada pelo sinal positivo do valor presente em uma causa de justificação". E continua: "Dessa forma, o delito se compõe da ação típica, em suas facetas positiva e negativa, e da culpabilidade, o que não importa prejuízo para examinar a face negativa da tipicidade separadamente, ou seja, as causas de exclusão da tipicidade, sob o nome de antijuridicidade", in REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*, p. 145.

[260] "A diferença entre a ausência de antijuridicidade a ausência de culpabilidade, entre justificação e exculpação, está em que o comportamento justificado é reconhecido como lícito pelo legislador, devendo ser suportado por todos, enquanto o comportamento exculpável não é aprovado e, em decorrência disso, está proibido. Ele somente não é punido, mas não precisa, em regra, ser tolerado por aquele que seja vítima de um comportamento antijurídico", in ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal,* p. 192.

[261] TAVARES, Juarez. *Teorias do delito,* p. 88.

[262] Se em legítima defesa da minha vida eu mato o meu algoz, minha ação é lícita e dela nenhuma consequência pode ser imposta sobre mim. Não serei punido penalmente, mas também não preciso fornecer alimentos aos seus filhos menores, saldar suas dívidas, seus impostos. A licitude da minha conduta, entretanto, não exclui os danos sociais gerados. Seus filhos menores continuarão sem sustento (talvez

Condutas lícitas também causam danos sociais. Contudo, como decorrência do princípio da fragmentariedade, nem todo dano é objeto de proteção do direito penal.

Da mesma forma, também ações que não apresentem danosidade social podem ser ilícitas, pois, como visto acima, a ilicitude (antijuridicidade) não é categoria exclusiva do direito penal, referindo-se a todo o ordenamento jurídico. Assim, existem ilícitos administrativos sem danosidade social, e que são meras desobediências ao regulamento, como no caso do artigo 232 do Código Brasileiro de Trânsito[264].

Entendendo-se que a ausência de danosidade social exclui a antijuridicidade, isto ocorreria em todo o ordenamento.

Em outras palavras, a danosidade social não é tema afeto à antijuridicidade, mas sim à tipicidade porque, pelo princípio da ofensividade (e pelo princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, como já visto acima), apenas condutas que lesem ou exponham a perigo de lesão bens jurídicos podem ser tipificadas como crimes.

Ao contrário da antijuridicidade, que é comum a todo o ordenamento (não havendo razão para se falar em antijuridicidade penal), a tipicidade (que existe em outras áreas do direito, como no direito tributário) é uma categoria que se analisa exclusivamente no âmbito de uma determinada esfera do direito. No caso do direito penal, temos a tipicidade penal.

Há ainda outra razão para o princípio da insignificância não ser classificado como excludente de antijuridicidade.

As causas excludentes de antijuridicidade são excludentes entre si, ou seja, num mesmo contexto fático, não podem coexistir mais de uma excludente de antijuridicidade. Não pode haver, por exemplo, legítima defesa contra uma conduta já praticada em legítima defesa. Se para me defender eu agrido aquele que tenta me matar, ele

---

precisando ser sustentados pelo Estado, que por sua vez é custeado por toda a sociedade), seus credores, entre eles o Estado, podem ficarão sem receber o que lhes é devido.

[263] Apresente-se outro exemplo: quando um agente municipal, agindo em estrito cumprimento do seu dever legal, fecha compulsoriamente um estabelecimento comercial que não tem a devida autorização para funcionamento, por ausência de requisitos meramente formais, isto pode ocasionar grandes danos à sociedade. Empregados são demitidos, pessoas que moram perto do local precisarão se deslocar grandes distâncias para comprar os produtos que antes eram fornecidos nas proximidades da sua residência.

[264] "Art. 232. Conduzir veículo sem os documentos de porte obrigatório referidos neste Código:
Infração - leve;
Penalidade - multa;
Medida administrativa - retenção do veículo até a apresentação do documento".

não poderá se defender de minha reação alegando estar em legítima defesa, porque a minha ação foi praticada em legítima defesa, ou seja, já foi praticada de forma lícita. Então, se minha conduta é lícita, qualquer forma de impedi-la será ilícita.

Da mesma forma, não há legítima defesa contra conduta praticada em estrito cumprimento do dever legal. Ora, se o agente policial prende alguém licitamente, cumprindo com seu dever, este preso não pode agredir o policial alegando agir em legítima defesa da sua liberdade.

Assim ocorre em relação a todas as causas excludentes de antijuridicidade, repita-se, porque não pode haver colisão entre duas condutas lícitas. É suscetível de ocorrer, porém, uma apenas aparente colisão entre duas condutas lícitas de duas formas.

A primeira colisão aparente entre condutas lícitas pode ocorrer se houver um abuso ou excesso numa excludente de antijuridicidade. Entretanto, este abuso ou excesso não é mais considerado lícito, e exatamente por isto pode dar ensejo a uma reação embasada em uma excludente de antijuridicidade, reação esta lícita. Assim, apenas quando a primeira conduta extrapolar a excludente de antijuridicidade, deixando de ser uma conduta lícita, é que pode surgir uma reação protegida pela excludente de antijuridicidade, conduta esta lícita.

Se alguém age com excesso na (legítima) defesa, este excesso não é mais legítimo, e contra ele o agressor pode se defender legitimamente. Da mesma forma, se durante o exercício regular de um direito há um abuso deste direito, contra este abuso, que não mais é lícito, pode haver uma reação em legítima defesa, por exemplo.

A outra possibilidade ocorre na hipótese em que a excludente de antijuridicidade é apenas putativa. O indivíduo acredita agir de forma lícita, mas age em erro e na verdade pratica uma conduta ilícita. Com efeito, esta excludente de antijuridicidade putativa não exclui a antijuridicidade, mas pode excluir a culpabilidade (ou o dolo, dependendo da teoria da culpabilidade adotada). Exatamente pelo fato desta conduta não ser lícita é que se torna possível a reação embasada, agora sim, em uma excludente de antijuridicidade.

Devido ao fato de a excludente de antijuridicidade tornar a conduta lícita e de não poder haver conflito entre excludentes de antijuridicidade num mesmo contexto fático é que o princípio da insignificância não pode ser classificado como excludente de

antijuridicidade, dado que a conduta insignificante continua sendo contrária ao ordenamento jurídico, ainda que não constitua crime por não se revestir de tipicidade material. É este seu caráter ilícito que faz com que contra essa conduta insignificante seja possível agir acobertado por uma verdadeira causa excludente de antijuridicidade, bem como possa ser questionada e gerar consequências em outros ramos do direito.

Não poderia ser de outra forma. Caso contrário, se o princípio da insignificância tornasse a conduta lícita, o dono do mercado não poderia impedir que qualquer pessoa subtraísse uma mercadoria de valor ínfimo. Tampouco poderia cobrar civilmente o valor da mercadoria ou ser reintegrado na posse dela.

Ora, se uma conduta é lícita é porque não existe qualquer norma tornando-a proibida. Se existe alguma norma proibindo esta conduta, ainda que uma norma restrita a um ramo do ordenamento, esta conduta não é mais lícita, sendo apenas irrelevante para os demais ramos do ordenamento, mas não lícita.

Dessa forma, por não tornar a conduta lícita, mas apenas tolerada pelo direito penal, podendo ainda ser objeto de questionamento em outros ramos do direito, o princípio da insignificância não exclui a antijuridicidade da conduta.

### *4.3.2. Insignificância absoluta e insignificância relativa*

Não sendo causa excludente de antijuridicidade, o princípio da insignificância poderia ser classificado como causa excludente da tipicidade ou da culpabilidade.

Como já visto, o princípio da insignificância como excludente da tipicidade material da conduta é a posição que passou a adotar Roxin, e que é majoritariamente aceita, inclusive no Brasil, sendo ainda o posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal[265].

Sem dúvida, essa é a posição que parece mais correta. A danosidade social da conduta é tema afeto à tipicidade material do delito. Note-se que uma conduta

[265] Ao menos como expressamente consta do paradigmático acórdão do Supremo Tribunal Federal, proferido no HC 84.412-0/SP, constante do anexo dessa tese e comentado no capítulo seguinte.

formalmente típica só será materialmente típica quando ocasionar lesão (ou perigo de lesão) ao bem jurídico penalmente tutelado, ocasionando então esta danosidade social.

Já os que consideram a insignificância da lesão ao bem jurídico como causa excludente de culpabilidade, fazem-no de maneira a possibilitar a análise também das condições pessoais do autor do fato, analisando-se a sua reprovabilidade. Vejamos.

Abel Cornejo entende que "há tipicidade, porquanto a conduta contém todos os elementos configurativos do tipo penal, mas por se tratar de um feito irrelevante ou insignificante, não se faz merecedor de uma sanção"[266]. Assim, o princípio da insignificância não afastaria a tipicidade, mas apenas a culpabilidade.

Para Paliero, conforme lembra José Luis Guzmán Dalbora, a análise da insignificância deve seguir uma hierarquia de seus componentes; em primeiro lugar, o desvalor do resultado, seguido da modalidade objetiva da conduta e, por fim, a culpabilidade do ato, que serve para confirmar o indício de exiguidade indicado pelo desvalor do resultado[267]. Em outros termos, apenas ausente a culpabilidade do agente é que se poderia excluir a incriminação do feito.

Jesús-Maria Silva Sánchez tem posicionamento semelhante. Para ele, "são delitos bagatelares aqueles feitos que, ainda sendo formalmente típicos, dado seu limitado conteúdo delitivo (de desvalor de ação, de desvalor de resultado ou de culpabilidade) se consideram não merecedores de pena criminal"[268], ou seja, haveria a possibilidade, também, de o princípio da insignificância excluir a culpabilidade.

Por fim, Krümpelmann, lembrado por Odone Sanguiné, indica a "'gravidade do dano' (desvalor do evento), a 'modalidade da conduta' (desvalor da ação), bem como o 'grau' e a 'intensidade' da culpabilidade"[269] como requisitos para concretizar o conceito de crime de bagatela.

Tais posições (excludente da tipicidade material e excludente da culpabilidade) são, em um primeiro momento, incompatíveis entre si.

---

[266] CORNEJO, Abel. *Teoría de la insignificancia*, p. 73, tradução do autor.
[267] DALBORA, José Luis Guzmán. *La insignificancia :especificación y reducción valorativas en el ámbito de lo injusto típico*, p. 73.
[268] SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión*, p. 333.
[269] SANGUINÉ, Odone. *Observações sobre o princípio da insignificância*, p. 45.

Ora, se a conduta é atípica, pois ausente a tipicidade material (ante a ausência de agressão significativa ao bem jurídico tutelado), não há porque se analisar a culpabilidade do agente. Esta, aliás, já era a indignação de Luiz Luisi, ao comentar um julgado do Supremo Tribunal Federal, que não acolheu a tese do princípio da insignificância em razão dos (maus) antecedentes do agente[270].

Segundo esse autor, "é por demais sabido que se inexistente a tipicidade, as circunstâncias presentes no contexto fático, e a vida pregressa do indiciado, não têm o condão de dar matiz criminal ao fato. Uma lesão insignificante a um bem jurídico, mesmo que seja de autoria de um celerado, reincidente, na prática dos mais graves delitos, não faz com que ao mesmo se possa atribuir a prática de crime" [271].

Em realidade, a subordinação da aplicabilidade do princípio da insignificância à análise da culpabilidade (em especial, os antecedentes) do agente busca afastar a sua aplicação em relação àqueles que reiteradamente praticam condutas que venham a ser consideradas insignificantes, pois, segundo os defensores deste posicionamento, de outra forma o Estado passaria "uma clara mensagem ao agente: basta furtar aos poucos, a conta-gotas, para escapar às malhas do direito penal"[272].

Todavia, a análise da culpabilidade do agente só poderia ocorrer se a insignificância não fosse absoluta, mas apenas relativa.

De forma diversa da que será defendida aqui, Diomar Ackel Filho dividiu a insignificância em absoluta e relativa: "insignificância propriamente dita (absoluta) e insignificância imprópria (relativa). A primeira é a que exclui a tipicidade. O fato, por deveras ínfimo, não chega a expressar valoração digna de tutela da norma penal, através da subsunção em um tipo. Não há reprovabilidade[273]. A segunda espécie permite a outros casos de atuações mínimas, de minguada importância que, embora formalmente típicas, tem a sua antijuridicidade esvaziada, ensejando a sua contemplação pela norma penal"[274].

Embora a divisão da *insignificância* em *absoluta* e *relativa* mostre-se fundamental, não pode ser instrumento de diferenciação entre excludente de tipicidade e

---

[270] HC 70.747-5/RS, comentado no capítulo seguinte.
[271] LUISI, Luiz. *O princípio da insignificância e o Pretório Excelso*, p. 227.
[272] ARRUDA, Élcio. *Insignificância: um princípio nada insignificante*, p. 13.
[273] Veja-se que o autor, apesar de tratar da tipicidade, afirma que sua exclusão é motivada pela ausência de reprovabilidade.
[274] ACKEL FILHO, Diomar. *O princípio da insignificância no direito penal*, p. 76.

antijuridicidade (apesar de ter o autor indicado a ausência de reprovabilidade como fator de exclusão da tipicidade do fato), como defendido por Diomar Ackel Filho, mas sim entre excludente de tipicidade e excludente de culpabilidade.

A insignificância absoluta seria aquela que, por ser de tal forma diminuta, sequer afeta o bem jurídico penalmente tutelado, já que apresenta uma ofensividade reduzidíssima, carecendo a conduta de tipicidade material, sendo afastada de pronto do âmbito do ordenamento penal (mas não do ordenamento jurídico como um todo).

É absoluta porque a insignificância se dá independentemente do referencial tomado. Um grão de areia é insignificante em relação a um punhado de areia ou a um caminhão de areia. Um centavo é insignificante seja em relação a um salário mínimo, seja em relação a milhões de reais. Nestes casos, excluindo-se a própria tipicidade material da conduta, não há porque se analisar a culpabilidade do agente.

A insignificância relativa, por sua vez, seria aquela que pode vir a excluir a culpabilidade, nos casos de condutas que não chegam a ter excluída a tipicidade (formal e material), já que apresentam sim uma lesão ao bem jurídico, apesar desta lesão ser de reduzida monta. É apenas relativamente insignificante pois só assim é considerada a conduta se tomarmos por base o resultado causado em relação a um determinado bem jurídico concretamente considerado (um determinado patrimônio, um pequeno ecossistema).

A individualização do bem jurídico se faz não apenas em relação ao titular do próprio bem jurídico, como se poderia imaginar num primeiro momento. Também se tomam em consideração todas as demais condições deste bem jurídico, de acordo com as características próprias de cada bem jurídico, como, por exemplo, a sua disponibilidade, seja no mercado ou na natureza, e a sua eventual capacidade de regeneração.

A subtração de um liquidificador (que custe cerca de quinze por cento do salário mínimo, por exemplo) ocasiona um prejuízo insignificante relativamente ao patrimônio de um grande supermercado. Contudo, em relação ao patrimônio de uma família cuja renda mensal é de um salário mínimo, o prejuízo ocasionado não será insignificante.

Da mesma forma, a subtração de alguns poucos litros de água será relativamente insignificante se ocorrer em uma região urbana devidamente abastecida, mas

não em uma área de extrema seca. Um corte não profundo de alguns centímetros na pele pode ser insignificante em relação a uma pessoa saudável, mas não em relação a uma pessoa que sofre de diabetes, apresentando dificuldade na cicatrização.

Objetivamente, a conduta praticada (subtração de um liquidificador ou de água; pequena lesão corporal) é a mesma, não podendo num caso excluir a tipicidade (se ocorreu em um supermercado, em uma região abastecida com água, em uma pessoa saudável), mas em outro mantê-la intacta (subtração de liquidificador em uma residência ou de água em uma região de seca; lesão em diabético).

Todavia, a subtração do liquidificador do supermercado relativamente ao patrimônio do próprio estabelecimento comercial (o mesmo ocorrendo nos demais exemplos), mostra-se insignificante. Daí esta insignificância ser apenas relativa, razão pela qual é possível que não seja o agente merecedor de uma sanção penal por tal conduta, a depender das suas condições pessoais.

Para Cornejo, "se a pena é a consequência jurídica do delito, que é o fato típico, antijurídico e culpável por lesionar um bem jurídico, não pode haver consequência jurídica para um fato axiologicamente irrelevante"[275].

*Fato axiologicamente irrelevante* – essa é a ideia central da insignificância relativa. Materialmente, há uma (pequena) violação ao bem jurídico penalmente protegido, abstratamente considerado. No entanto, como essa lesão é de pequena monta, tendo-se por referência o objeto jurídico individualizado (suas condições, as de seu titular), isso faz com que o fato seja axiologicamente irrelevante já que, apesar de não ser absolutamente insignificante, o seu conjunto[276] não agrega um valor negativo o suficiente para ser merecedor de uma pena criminal.

O senso comum de justiça[277] indica não ser justa a aplicação de uma pena nesse caso concreto, ou seja, o fato não se mostra merecedor de reprovação penal, ainda que tenha havido a lesão ao bem jurídico, e ainda que a conduta seja típica e antijurídica. Nessa hipótese, entretento, a valoração deve ocorrer no momento da análise da

---

[275] CORNEJO, Abel. *Teoría de la insignificancia*, p. 73 (tradução do autor).

[276] Neste conjunto devem ser incluídas as condições pessoais do agente que praticou a conduta, como veremos melhor em seguida.

[277] A este sento comum e abstrato de justiça fez referência Aristóteles: "Vemos que todos os homens entendem por justiça aquela disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, que as faz agir justamente e desejar o que é justo", in ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, p. 321.

reprovabilidade da conduta praticada pelo agente, sendo então consideradas as suas condições pessoais.

Luiz Flávio Gomes chama de *irrelevância penal do fato* o que aqui é tratado como insignificância relativa, e esta irrelevância levaria à desnecessidade da pena[278].

A insignificância relativa não leva apenas à desnecessidade da pena, mas também e especialmente à ausência de merecimento de pena. A doutrina vem debatendo a diferenciação entre necessidade e merecimento de pena, sem chegar a uma conclusão definitiva[279].

Para Peña, "o merecimento de pena expressa um juízo global de desvalor sobre o feito, na forma de uma desaprovação especialmente intensa por concorrer um injusto culpável especialmente grave (injusto penal) que deve acarrear um castigo, enquanto que a necessidade de pena pressupõe o merecimento de pena e significa que um feito em si merecedor de pena ademais necessita ser apenado, já que no caso concreto não existe nenhum outro meio disponível que seja eficaz e menos aflitivo"[280].

Assim, apesar das inúmeras opiniões nos mais diversos sentidos, parece-nos mais acertado o entendimento daqueles que identificam o merecimento com a função retributiva da pena, enquanto a necessidade seria relativa à finalidade preventiva da pena.

Essa é a opinião de Manuel da Costa Andrade, seguindo o entendimento de Günther[281], para quem o merecimento de pena seria uma conseqüência penal do princípio constitucional da proporcionalidade[282], tal qual a função retributiva da pena (neorretribucionismo), pela qual "o mal causado pela pena ao agressor deve ser proporcional ao mal causado pelo crime à vítima e à própria sociedade"[283].

---

[278] GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*, p. 24.
[279] ANDRADE, Manuel da Costa. *Merecimiento de pena y necesidad de tutela penal como referencias de una doctrina teleológico-racional del delito*, in *Fundamentos de um sistema europeo del derecho penal*, p. 155. Também PEÑA, Diego-Manuel Luzón. *La relación del merecimento de pena y de la necesidad de pena com la estructura del delito*, p. 116/117.
[280] PEÑA, Diego-Manuel Luzón. *La relación del merecimento de pena y de la necesidad de pena com la estructura del delito*, p. 116 (tradução do autor).
[281] ANDRADE, Manuel da Costa. *Merecimiento de pena y necesidad de tutela penal como referencias de una doctrina teleológico-racional del delito*, p. 156.
[282] ANDRADE, Manuel da Costa. *Merecimiento de pena y necesidad de tutela penal como referencias de una doctrina teleológico-racional del delito*, p. 162.
[283] CINTRA, Adjair de Andrade. *Prescrição penal e finalidades da pena*, p. 32.

Roxin, por sua vez, defende que a necessidade de pena deve ser analisada sob uma perspectiva de prevenção geral e especial[284]. Para este autor, culpabilidade e necessidade de pena unem-se para formar a categoria da *responsabilidade*[285].

Ora, a pena só pode ser aplicada se houver tanto necessidade quanto merecimento de pena. Jakobs, lembrado por Manuel da Costa Andrade, entende que, primeiro, há de existir a necessidade de pena para depois se fundamentar o merecimento de pena[286]. Necessidade e merecimento de pena seriam, desta forma, círculos concêntricos, sendo a primeira o círculo externo ao segundo.

Há a necessidade de pena quando sua aplicação é impositiva para prevenir novas condutas, seja reafirmado a validade da norma (prevenção geral positiva), seja para impedir que o próprio sujeito venha a reincidir (prevenção especial).

No entanto, mesmo que haja necessidade de pena, esta só pode ser aplicada quando existir o merecimento de pena, ou seja, quando a conduta praticada pelo agente for reprovável, devendo ser a pena limitada pelo mal causado pelo crime.

Assim, enquanto a necessidade de pena é categoria relacionada à finalidade preventiva da pena, o merecimento de pena se relaciona à função retributiva da pena. A relação entre esses conceitos, necessidade de pena e merecimento de pena, e a tipicidade penal só pode se dar no plano abstrato, ou seja, no momento da criação do tipo penal.

Todavia, quando da análise da conduta já praticada, necessidade e merecimento de pena, concreta e individualizadamente, são categorias necessárias para a configuração da culpabilidade (aliás, o próprio artigo 59 do Código Penal relaciona necessidade e proporcionalidade com culpabilidade), ou, segundo Roxin, da responsabilidade (categoria esta que agregaria a culpabilidade e a necessidade de pena). Não havendo necessidade ou merecimento de pena, a conduta não pode ser considerada penalmente censurável, inexistindo assim a culpabilidade.

A insignificância relativa leva tanto à desnecessidade de pena quanto ao não-merecimento de pena.

---

[284] ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*, p. 207.
[285] ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*, p. 207.
[286] ANDRADE, Manuel da Costa. *Merecimiento de pena y necesidad de tutela penal como referencias de una doctrina teleológico-racional del delito*, p. 156.

Não é necessária a pena pois, ante a relativa insignificância da lesão e o reduzido grau de reprovabilidade do agente, o Estado não necessita da força extrema do direito penal para prevenir tais condutas, podendo se valer exclusivamente dos outros ramos do ordenamento jurídico.

Não é merecida a pena pois a reprovabilidade do agente é reduzidíssima, o que tornaria qualquer sanção penal desproporcional.

A reprovabilidade, como ensina David Teixeira de Azevedo, é um juízo que "envolve o agente e todos os seus aspectos biológicos, fisiológicos, mentais, culturais, sociais e os relativos às circunstâncias do fato, e o fato em sua realidade plúrima, além dos diversos fatores mesológicos"[287].

Quando a insignificância é apenas relativa, o que acontece, na realidade, é a tolerância da sociedade, que entende como desnecessária e não merecida a reprovação pelo ordenamento penal e a consequente aplicação de uma pena, caso as condições do agente que praticou as condutas sejam favoráveis.

A adoção do conceito de insignificância relativa soluciona um grande questionamento em relação a aplicação do princípio da insignificância: "o que podemos assumir como insignificante? A insignificância há que ser problematizada em face do sujeito ativo ou do sujeito passivo? Se o parâmetro, por exemplo, e no que tange aos crimes contra o patrimônio – hipótese, aliás, em princípio excluída por Roxin, mas assumida pelo STF – de insignificância, fosse o patrimônio do sujeito passivo, isso significa que furtar um carro da pessoa mais rica do país seria insignificante em face de sua massa patrimonial?"[288].

Existiriam, assim, duas formas de aplicação do princípio da insignificância (ou dois princípios da insignificância): uma, excludente da tipicidade (material), no caso de insignificância absoluta; e outra, excludente da culpabilidade, no caso da insignificância ser apenas relativa.

Para a aplicação da insignificância relativa, o objeto jurídico que sofreu a lesão de reduzida monta deve ser analisado não mais em relação ao bem jurídico

---

[287] AZEVEDO, David Teixeira de. *Dosimetria da pena: causas de aumento e diminuição*, p. 75.
[288] CHAMON JUNIOR, Lucio Antônio. *Teoria constitucional do direito penal: contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois*, p. 163.

abstratamente tomado, mas ao bem individualizado, em todas as suas relações (com o titular, com o local, com outros bens jurídicos de mesma natureza etc.), seguida pela análise das condições pessoais do agente.

Note-se que, a insignificância relativa só excluirá a culpabilidade se as condições pessoais do autor da conduta forem favoráveis.

Luiz Flávio Gomes sugere alguns requisitos para essa análise (ao tratar da irrelevância penal do fato, que consideramos insignificância relativa): "o fundamento da desnecessidade da pena (leia-se: da sua dispensa) reside em múltiplos fatores: ínfimo desvalor da culpabilidade, ausência de antecedentes criminais, reparação dos danos, reconhecimento da culpa, colaboração com a justiça, o fato de ter sido o agente processado, o fato de ter sido preso ou ter ficado preso por um período etc"[289].

Esse complexo de fatores não deve ser reduzido a uma análise formal de primariedade ou de bons antecedentes. Trata-se de analisar, por exemplo, se o agente procurou causar o mínimo de dano possível[290], os motivos da conduta[291], se ele não tomou tal prática como ofício[292]. Na verdade, essa análise coincide com a dos elementos do artigo 59 do Código Penal (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e conseqüências do crime, comportamento da vítima).

Aliás, Luiz Flávio Gomes fundamenta a aplicação da irrelevância penal do fato exatamente neste artigo: "O fundamento jurídico para isso reside no art. 59 do CP (visto que o juiz, no momento da aplicação da pena, deve aferir sua suficiência e, antes de tudo, sua necessidade)"[293].

A insignificância relativa, dessa forma, é analisada em dois momentos: o primeiro, dimensionando-se a lesão sofrida pelo bem jurídico em relação às suas circunstâncias específicas; o segundo, analisando-se as condições pessoais do agente que causou esta lesão (diminuta) ao bem jurídico.

---

[289] GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade,* p. 24.
[290] No exemplo anterior da subtração do liquidificador, caberia analisar se o agente buscou subtrair um aparelho dentre os mais baratos, por exemplo.
[291] Subtraiu um eletrodoméstico de uso cotidiano para sua residência, ou se a subtração foi de um eletrônico qualquer para revender.
[292] Um reincidente em crime hediondo pode muito bem ser beneficiado pela insignificância relativa, mas aquele que todo dia subtrai um item de algum mercado não se mostraria merecedor de tal benefício.
[293] GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade,* p. 24.

Apenas se constatadas estas duas situações (lesão diminuta ao bem jurídico individualmente tomado e condições pessoais do agente favoráveis) é que se poderá falar em insignificância relativa, por se tratar de fato axiologicamente irrelevante, que leva, em consequência, à exclusão da culpabilidade do agente.

### *4.3.3. Delito bagatelar próprio e impróprio*

A divisão da insignificância em absoluta e relativa não se confunde com os conceitos de delito bagatelar próprio e impróprio.

A denominação *delito de bagatela* ("*Bagatelldelikte*") teria sido utilizada pela primeira vez por Klaus Tiedemann[294], referindo-se, tal qual o princípio da insignificância, às condutas formalmente típicas, mas que produzissem resultados mínimos.

Enquanto o princípio da insignificância seria o instituto que afastaria a incidência do direito penal das condutas formalmente típicas que produzissem resultados mínimos, a expressão "delito de bagatela" seria uma designação da própria conduta considerada atípica em razão da insignificância. Assim, não são exatamente sinônimos, eis que têm utilização (semântica) diversa, embora se refiram à mesma situação, não havendo justificativa para apresentar uma diferenciação entre *princípio da insignificância* e *delito de bagatela*.

Krümpelman, por sua vez, dividiu os delitos de bagatela "em 'independentes ou próprios' e 'dependentes ou impróprios'. Os primeiros são aqueles em que concorrem todas as características do delito, mas produzem uma lesão social escassa; os segundos são aqueles outros cujos limites delituais não estão bem definidos. Os primeiros são, em si, 'uma bagatela' em toda sua essência e resultado; os segundos, por sua vez, no que se refere ao resultado podem ser considerado de escassa importância, mas sua essência é relevante"[295]. Em outras palavras, "o primeiro deriva de uma 'microvalorização' legislativa enquanto o segundo é 'uma manifestação menor de um crime grave'"[296].

---

[294] PRESTES, Cássio Vinícius D. C. V. Lazzari. *O princípio da insignificância como causa excludente de tipicidade no direito penal*, p. 36.
[295] DEU, Teresa Armenta. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, p. 23 (tradução do autor).
[296] GOMES, Luiz Flávio. *Tendências político-criminais quanto à criminalidade de bagatela*, p. 91.

Palazzo apresenta uma classificação similar. Ele "classifica o delito de bagatela em próprio e impróprio; o primeiro é aquele em que a definição legal já tipifica em abstrato uma insignificância; o segundo é relacionado ao ato que se revela apenas concretamente de escassa relevância"[297].

Assim também Helmuth Mayer, para quem os delitos bagatelares impróprios "seriam aquelas microviolações que se amoldam a tipos que descrevem abstratamente delitos graves, enquanto os delitos bagatelares próprios seriam aqueles tipos que já abstratamente descrevem microviolações"[298].

Nestas classificações, de Krümpelman, Palazzo e Helmuth Mayer, o delito bagatelar seria próprio ou impróprio de acordo com o próprio tipo penal ao qual a conduta formalmente se subsumiria.

Delitos abstratamente graves, mas que concretamente geraram resultados mínimos seriam delitos de bagatela impróprios. Os delitos de bagatela próprios só poderiam ser aqueles já tipificados como delitos leves, e que geraram um resultado insignificante.

A divisão aqui defendida, entre insignificância absoluta e relativa, por sua vez, independe da gravidade abstrata do delito tipificado, devendo-se considerar a intensidade da lesão ao bem jurídico tutelado.

Assim, condutas que formalmente se subsumem a tipos penais de maior ou menor gravidade poderiam ser tanto absoluta quanto relativamente insignificantes, dependendo da intensidade da lesão causada ao bem jurídico tutelado.

### *4.3.4. Insignificância tributária*

Diverso, também, é o que ocorre com a aplicação do princípio da insignificância em relação aos crimes tributários federais.

---

[297] NAVARRO, Jesús Pórfilo Trillo. *Criminalidad de bagatela: descriminalización garantista*, p. 23 (tradução do autor).
[298] DALBORA, José Luis Guzmán. *La insignificancia: especificación y reducción valorativas en el ámbito de lo injusto típico*, p. 78/79 (tradução do autor).

Na verdade, não se trata de aplicação do princípio da insignificância, embora aparente ser uma aplicação da insignificância relativa. O que ocorre é a aplicação do princípio da oportunidade, travestido de princípio da insignificância.

Após longa evolução jurisprudencial[299], com a aplicação do princípio da insignificância aos crimes tributários (e de descaminho) seguindo os patamares para o ajuizamento de execução fiscal, consolidou-se o entendimento do parâmetro quantificado de R$ 10.000,00 (dez mil reais), nos termos do artigo 21 da Lei 11.033/04, que deu nova redação ao artigo 20, da Lei 10.522/02[300].

Esse valor, todavia, não é insignificante. Na verdade, o que ocorre é uma análise de custo-benefício para o ajuizamento de uma ação fiscal. Estimou-se que o custo total da cobrança[301] de débitos não superiores a esse patamar é superior ao valor do próprio débito cobrado.

Aliás, se quantias inferiores a tal valor fossem insignificantes para os cofres públicos, não haveria razão para o lançamento de qualquer tributo em valor inferior.

O que fez a União foi regular a aplicação do princípio da oportunidade voltado às ações fiscais, uma vez que a cobrança de débitos não superiores a R$ 10.000,00 não é lucrativa aos cofres públicos, o que faria do ajuizamento de tais cobranças diametralmente contrário à função fiscal (arrecadatória)[302] dos tributos. Tanto é que, conforme o §1º do citado artigo "os autos de execução a que se refere este artigo serão reativados quando os valores dos débitos ultrapassarem os limites indicados".

A jurisprudência, por sua vez, nada mais fez que transportar o raciocínio fiscal para a área penal, e não sem razão. "Ora, se esse último valor (R$ 10.000,00) não é relevante para fins fiscais, com muito maior razão não o será para fins penais. Débitos

---

[299] GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*, p. 107/114.

[300] Art. 20. Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R$ 10.000,00 (dez mil reais).

[301] Estão incluídos nesses custos a manutenção de toda a estrutura da advocacia pública e do judiciário (federal), bem como o custo do maior tempo gasto para o curso das ações, em razão do o grande número de ações cobrando valores menores, ao invés de se concentrarem os esforços na cobrança de grandes débitos.

[302] Tem o tributo função fiscal "quando seu principal objetivo é a arrecadação de recursos financeiros para o Estado", in MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*, p. 96.

fiscais com a Fazenda Pública da União de até R$ 10.000,00, em suma, devem ser considerados penalmente irrelevantes"[303].

Todavia, nem todos entendem que tais valores são insignificantes[304]. Aliás, realmente não o são. Esses débitos são considerados irrelevantes não porque insignificantes, mas porque sua cobrança é por demais dispendiosa. Se o custo público da ação fiscal fosse inferior, esse limite mínimo também seria reduzido.

Dessa forma, o limite da lei não indica a insignificância dos valores inferiores, mas apenas que não é interessante aos cofres públicos a cobrança destes valores. Não há, pois, interesse na cobrança. Não se trata de exclusão da criminalização por se tratar de fato insignificante, senão em respeito ao princípio da *ultima ratio*.

Ora, se o direito penal é a *ultima ratio* do ordenamento, não poderá ser aplicado quando outras esferas do mesmo ordenamento tiveram sua aplicação expressamente afastada. Assim, se o Estado, por uma questão de oportunidade (princípio da oportunidade aplicado ao processo tributário), entende que não deve ser ajuizada a execução fiscal para a cobrança de algum tributo, estará em consequência impedido de se utilizar do direito penal, que é instrumento apenas subsidiário (*ultima ratio*).

Se não é interessante aos cofres públicos cobrar tais dívidas, porque a cobrança ocasionará um ônus ainda maior, não se poderá sancionar penalmente a não-adimplência dessas mesmas dívidas. Entendimento contrário levaria à utilização do direito penal como mera ferramenta arrecadatória do Estado[305], o que não pode ser admitido.

Assim, não é o princípio da insignificância mas a análise financeira da relação custo-benefício da ação de cobrança de débitos tributários, consubstanciando a aplicação do princípio da oportunidade na execução fiscal que afasta a aplicação do direito penal, por ser este a *ultima ratio* do ordenamento.

---

[303] GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*, p. 109.
[304] AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *O uso indevido do princípio da insignificância,* in Repertório de Jurisprudência IOB, nº 4/2007, p. 120.
[305] Essa função arrecadatória é efetivamente conferida no direito penal nos casos de extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo antes do recebimento da denúncia. O direito penal é utilizado como meio coercitivo para impor a arrecadação fiscal.

# 5. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Há algum tempo o princípio da insignificância vem sendo reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, mas de diferentes formas, muito vinculadas às alterações na composição do órgão.

## 5.1. Primeiras decisões

Trataremos, neste ponto, de três decisões do Supremo Tribunal Federal que tratam do princípio da insignificância, partindo no tópico seguinte para o estudo da decisão proferida no HC 84.412-0/SP, tido como paradigma para a análise do princípio da insignificância pela Suprema Corte.

A primeira decisão do Supremo Tribunal Federal a reconhecer expressamente o princípio da insignificância foi proferida no HC 66.869-1/PR, datada de 1988, e de relatoria do Ministro Aldir Passarinho.

A segunda, proferida no HC 70.747-5/RS, datada de 1993 e de relatoria do Ministro Francisco Rezek, indica a necessidade de análise da culpabilidade do acusado, razão pela qual foi combatida por Luiz Luisi.

Por fim, a proferia na AC 439-1/SP, que trata especificamente da questão do princípio da insignificância aplicado a um delito ambiental.

### *5.1.1. HC 66.869-1/PR*

Como dito, a primeira decisão do Supremo Tribunal Federal a expressamente reconhecer o princípio da insignificância é o acórdão proferido no HC 66.869-1/PR, datado de 1988, e de relatoria do Ministro Aldir Passarinho.

O *writ* tinha por objeto o trancamento da ação penal, por se tratar de uma pequena lesão corporal (“pequena equimose em uma coxa, com apenas três centímetros no

maior diâmetro"). Embora não tenha chegado a considerar a aplicabilidade do princípio da insignificância, o Tribunal de Justiça do Paraná denegou a ordem de *habeas corpus* com base na necessidade de dilação probatória para sua análise.

Em razão disso, o princípio da insignificância não é diretamente conceituado na decisão do Supremo Tribunal Federal, eis que não se discutiu a sua aplicabilidade ou não. A Corte apenas tratou da questão processual, avaliando ser desnecessária a dilação probatória em razão da impossibilidade de produção de outra prova pericial, além do já existente laudo de exame de corpo de delito, pois a lesão tende a desaparecer com o tempo.

Em relação ao princípio da insignificância, porém, o Supremo Tribunal Federal afirmou que sua aplicabilidade já havia sido reconhecida pela instância inferior ("tendo-se que o acórdão inegavelmente admite, conforme considerações que antes reproduzi, o princípio da insignificância da lesão,...", com efeito "descaracterizador do crime"), sem no entanto conceituar o princípio.

Ao final do acórdão, a decisão pela aplicabilidade do princípio da insignificância é justificada (ainda que não de forma exclusiva) pelo excesso de trabalho que o processamento de todas as ações criminais versando sobre infrações de mínima lesividade ocasionaria ao Judiciário ("A levarmos ao extremo rigor o disposto no art. 129, § 6º, da Lei Penal, as Varas Criminais de Trânsito não suportariam o volume de processo que as onerariam").

O princípio da insignificância, assim, foi aplicado com o sentido de princípio da oportunidade, pelo qual o fato deixa de ser submetido à apreciação do Poder Judiciário, não por razões de ciência penal, mas por razões de conveniência do próprio Estado.

Retomou-se, como se vê, o adágio romano *minima non curat praetor*, segundo o qual o Estado-Juiz não deve se ocupar de causas mínimas. Entretanto, o Estado não deve se abster de sua tarefa de distribuir jurisdição pelo excesso de trabalho.

*5.1.2. HC 70.747-5/RS*

Outra decisão relevante proferida pelo Supremo Tribunal Federal deu-se no já aludido HC 70.747-5/RS, cujo acórdão é datado de 1993 e de relatoria do Ministro Francisco Rezek.

O processo tratava de pequena lesão provocada por acidente de trânsito, sendo a vítima um policial e, o autor do delito o condutor do veículo, que não parou conforme determinado pelo policial, acabando por atingi-lo. Pleiteou o impetrante Luiz Luisi a aplicação do princípio da insignificância, ante a diminuta lesão sofrida pela vítima.

O relator, acolhendo a manifestação do Ministério Público, entendeu "que somente a análise individualizada de cada caso, tendo-se em atenção as circunstâncias que envolveram o fato, pode ou não autorizar a tese da insignificância". Com essa justificativa, estabeleceu o relator que, para a aplicação do princípio da insignificância, não basta a ocorrência de resultado inexpressivo, sendo necessária a análise da culpabilidade do agente:

> "Na hipótese, as circunstâncias fáticas do ocorrido, bem assim a vida pregressa do paciente não me permitem acolher a tese da singeleza. Não bastasse a gravidade do fato, registra-se a reincidência do paciente, já condenado por desacato e desobediência a outros policiais".

Comentando essa decisão, o próprio impetrante, Luiz Luisi, indicou que, assim como no caso anterior aqui mencionado, a "lesão corporal é constituída de um arranhão com um pouco mais de um centímetro"[306]. Em razão disso pleiteou a aplicação do princípio da insignificância, uma vez que "por sua escassa danosidade, a lesão em causa não constitui uma ofensa relevante ao bem jurídico. Ou, em linguagem técnica: o fato em questão não é criminalmente típico, por insignificante a lesão causada ao bem jurídico tutelado pela norma incriminadora do §6º do art. 129 do Código Penal"[307].

Note-se que o impetrante ficou inconformado com a decisão, pois "se inexiste a tipicidade, as circunstâncias presentes no contexto fático, e a vida pregressa do indiciado, não têm o condão de dar matiz criminal ao fato. Uma lesão insignificante a um

[306] LUISI, Luiz. *O princípio da insignificância e o Pretório Excelso*, p. 227.
[307] LUISI, Luiz. *O princípio da insignificância e o Pretório Excelso*, p. 227.

bem jurídico, mesmo que seja de autoria de um celerado, reincidente na prática dos mais graves delitos, não faz com que ao mesmo se possa atribuir a prática de crime"[308].

De fato, a lesão *absolutamente* insignificante exclui a tipicidade do fato, sendo irrelevantes as condições pessoais do agente. Contudo, esta insignificância deve ser absoluta. Em sendo apenas relativa (e aqui não se discute o caso concreto do citado *habeas corpus*), faz-se necessária a análise das condições subjetivas das partes envolvidas no fato, para se concluir se o feito realmente é *axiologicamente irrelevante*, como já defendido no capítulo anterior, de forma que seu conjunto não agrega um valor negativo o suficiente para ser merecedor de uma pena criminal.

### *5.1.3. AC 439-1/SP*

A decisão proferida na AC 439-1/SP é uma das raras em que o Supremo Tribunal Federal tratou especificamente da aplicação do princípio da insignificância a um delito ambiental. No caso em questão, "teria sido alterado o meio ambiente visando a construção de rua", todavia o perito "constatou abrangência mínima, ou seja, de 0,0652 hectares. Então estimou a recuperação da área mediante gasto de cento e trinta reais".

Citando lição de Francisco de Assis Toledo, o Ministro Marco Aurélio de Mello entendeu que "o fato apurado não consubstancia tipicidade suficiente a levar à condenação penal, presente a peculiaridade de se cogitar de desmatamento de vegetação capoeira em estado inicial".

O ponto principal de seu voto consubstancia o entendimento segundo o qual "a circunstância de ter-se como bem protegido o meio ambiente não é de molde a afastar esse entendimento", relativo à aplicabilidade do princípio da insignificância.

O Ministro Gilmar Mendes também concordou com a tese da aplicação do princípio da insignificância: "Parece certo, por outro lado, que essa proteção pela via do Direito Penal justifica-se apenas em face de danos efetivos ou potenciais ao valor fundamental do meio ambiente; ou seja, a conduta somente pode se tida como criminosa quando degrade ou no mínimo traga algum risco de degradação do equilíbrio ecológico das

[308] LUISI, Luiz. *O princípio da insignificância e o Pretório Excelso*, p. 227.

espécies e dos ecossistemas", citando ainda a jurisprudência paradigma da Corte Suprema, que será analisada a seguir.

O grande problema desse acórdão (na verdade, a grande ausência), todavia, é o silêncio a respeito do efeito cumulativo dos danos ambientais, visto ser exatamente este o argumento utilizado pela grande maioria dos tribunais do país para afastar a aplicabilidade do princípio da insignificância em relação aos crimes que tutelem o meio ambiente.

Contudo, o mérito da decisão reside exatamente no reconhecimento da aplicabilidade do princípio da insignificância em relação aos crimes que tutelam o meio ambiente (ainda que não tenha havido delimitação desta aplicabilidade), bem jurídico difuso por natureza.

**5.2. Acórdão paradigma (*HC 84.412-0/SP*)**

Neste ponto, analisaremos o paradigmático acórdão proferido no HC 84.412-0/SP, datado de 2004 e de relatoria do Ministro Celso de Mello, parâmetro para as decisões posteriores tanto do próprio Supremo Tribunal Federal quanto do Superior Tribunal de Justiça e demais tribunais:

> "O princípio da insignificância – que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada – apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público.
>
> Isso significa, pois, que o sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação de liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificarão quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que

> os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade".

Vejamos, então, o significado de cada um desses vetores indicados pela decisão como indicativos da aplicabilidade do princípio da insignificância.

### *5.2.1. "Mínima ofensividade da conduta do agente"*

Como visto anteriormente, "a função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura"[309], através da proteção de bens jurídicos. E "os bens jurídicos são interesses humanos que requerem proteção penal"[310], "considerando por tais 'interesses' aqueles 'bens vitais' imprescindíveis para a vida em comum dos indivíduos tais como a vida, a saúde, a liberdade ou a propriedade"[311], seja dos indivíduos hoje vivos, como também das futuras gerações, considerando-se "não somente as condições individuais para uma coexistência semelhante (isto é, a proteção da vida e do corpo, da liberdade de atuação voluntária, da propriedade etc.), mas também as instituições estatais adequadas para este fim (uma administração de justiça eficiente, um sistema monetário e de impostos saudáveis, uma administração livre de corrupção etc.)"[312].

Sendo a finalidade do direito penal garantir existência pacífica, livre e segura a todos, e sendo os bens jurídicos o conjunto de circunstâncias necessárias para garantir a todos uma vida segura e livre e o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos, o direito penal está restrito a tipificar como crimes apenas as condutas que violem bens jurídicos.

Dessa forma, só se consideram crime condutas que apresentem ofensividade, lesionando ou colocando em perigo bens jurídicos.

Como já indicado, pressupomos como coincidentes os princípios da exclusiva proteção de bens jurídicos e o da *ofensividade*, porque ao se admitir que a missão do direito penal é exclusivamente a proteção a bens jurídicos, é nítido que esta proteção objetiva impedir a lesão ou colocação em perigo de tais bens. Da mesma forma, se admitir

---

[309] ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*, p. 16.
[310] HASSEMER, Winfried. *Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico*, p. 282 (tradução do autor).
[311] SEHER, Gerhard. *La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico*, p. 73/74 (tradução do autor).
[312] ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*, p. 18.

que só se podem incriminar lesões ou perigo de lesões, estas só podem se referir a bens jurídicos.

Assim, o legislador só pode tipificar condutas que apresentem ofensividade a bens jurídicos essenciais ao convívio humano.

Entretanto, como já anteriormente mencionado, a técnica legislativa não evita que condutas insignificantes sejam consideradas formalmente típicas[313].

Dessa forma, para corrigir tal distorção do sistema, é necessário não apenas o mero enquadramento da conduta na norma descritiva para que seja considerada típica, pois isto apenas demonstraria a tipicidade formal desta conduta.

Para que a conduta seja materialmente típica, deve ocasionar uma lesão de tal monta que seja perceptível não apenas ao bem jurídico individualizado no objeto que sofreu a conduta praticada, mas que seja também danosa em relação ao bem jurídico abstratamente considerado.

Neste sentido, se mínima a ofensividade da conduta em relação ao bem jurídico tutelado (abstratamente considerado), não será esta conduta típica, eis que a tipicidade requer uma ofensa (lesão ou perigo de lesão) não insignificante.

Assim é porque condutas insignificantes não são suficientes para por em risco a segurança da vida em coletividade, tampouco do sistema estatal que busca essa segurança, faltando-lhes tipicidade material, uma vez que o direito penal serve única e exclusivamente para garantir a existência livre e segura de todos.

### *5.2.2. "Nenhuma periculosidade social da ação"*

A periculosidade social da ação não pode ser confundida com a danosidade ou nocividade da ação. A danosidade (ou nocividade) da ação já havia sido indicada por Roxin, que em um primeiro momento defendeu que a sua ausência determinaria a insignificância do fato.

Como lembra Luiz Flávio Gomes, "para Roxin a não incidência do Direito penal sobre o fato insignificante resulta de 'não ser socialmente danoso em sentido

material'. Apela, como se vê, à idéia de antijuridicidade material (hoje abandonada: o conteúdo da antijuridicidade material, que é a lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico, foi transportado para o âmbito da tipicidade material)"[314].

Ora, a antijuridicidade não protege o bem jurídico. Tal tarefa é função do tipo. Quando não há violação material ao bem jurídico não há tipicidade (material).

Exclui-se a ilicitude quando, apesar de lesão ao bem jurídico, esta lesão é aceita socialmente ou permitida pelo ordenamento (que nada mais é senão a aceitação social legislada), como na legítima defesa e no caso do consentimento do ofendido (salvo em hipóteses extremas, como disposição da própria vida). Em ambas as hipóteses há lesão ao bem jurídico, embora não se configure uma lesão ilícita.

O crime é a prática de uma conduta indesejada socialmente. Nesse sentido, todos os elementos estruturais do delito (no seu conceito analítico) – tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade – levam em conta o desvalor da conduta. O fato típico toma em conta o desvalor da conduta em si própria, bem como seu potencial lesivo em relação ao bem jurídico. A antijuridicidade toma o desvalor da conduta em relação ao ordenamento jurídico como um todo, bem como à sociedade (adequação social). Por fim, a culpabilidade toma em conta o desvalor da conduta em relação às condições pessoais do agente (imputabilidade, liberdade volitiva da ação e consciência da ilicitude) e a necessidade de se impor uma pena em razão da conduta.

Como já defendido neste trabalho, a insignificância não atinge a antijuridicidade da conduta. Se a conduta é lícita, irrelevante a análise da sua significância. De outra parte, condutas insignificantes podem apresentar danosidade social. É o caso dos pequenos furtos em mercados. Ainda que seja insignificante, a conduta causa um prejuízo (ínfimo) ao mercado. No entanto, como estas condutas tendem a ocorrer com certa frequência, o prejuízo é estimado e repassado para o preço dos produtos. Assim, estas condutas, ainda que insignificantes, acabam ocasionando um prejuízo a toda a sociedade.

No contexto da decisão comentada, a expressão "periculosidade social da ação" funciona como uma válvula de escape, para excluir a aplicação do princípio da insignificância em relação a condutas consideradas socialmente perigosas, já que

---

[313] SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância e os crimes ambientais*, p. 5.
[314] GOMES, Luis Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*, p. 74.

colocariam em risco a "integridade da própria sociedade". É o caso do tráfico de entorpecentes, expressamente indicado em trecho da ora comentada decisão paradigma do Supremo Tribunal Federal como não passível de ser considerado insignificante:

> "Cumpre advertir, no entanto, que o Supremo Tribunal Federal, em tema de entorpecentes (notadamente quando se tratar do delito de tráfico de entorpecentes) – por considerar ausentes, quanto a tais infrações delituosas, os vetores capazes de descaracterizar, em seu aspecto material, a própria tipicidade penal – tem assinalado que a pequena quantidade de substância tóxica apreendida em poder do agente não afeta nem exclui o relevo jurídico-penal do comportamento transgressor do ordenamento jurídico, por entender inaplicável, em tais casos, o princípio da insignificância".

Dessa forma, condutas ainda que insignificantes continuariam a ser objeto de punição pelo direito penal, ante sua periculosidade social.

Todavia, para ser aceitável, esse vetor só pode ser analisado no caso de insignificância relativa, que não atinge a tipicidade da conduta. No caso de insignificância absoluta da conduta, o próprio perigo social gerado é insignificante.

Na hipótese de insignificância apenas relativa, em que a ação é típica e antijurídica, essa periculosidade social da ação pode determinar (estando presentes os requisitos ordinários da culpabilidade) a responsabilização do agente pela conduta. A periculosidade social da conduta impede que o feito seja considerado *axiologicamente irrelevante*, porque a lesão (ou perigo de lesão) ao bem jurídico penalmente tutelado existe, apesar de ser de pequena monta (tendo-se por referência o objeto jurídico individualizado), e a periculosidade social da conduta agrega ao seu conjunto um valor negativo o suficiente para tornar o agente merecedor de pena criminal.

### *5.2.3. "Reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento"*

Este vetor indica, indubitavelmente, a necessidade de apreciação da culpabilidade do agente para se averiguar a aplicabilidade do princípio da insignificância, à luz da compreensão do Supremo Tribunal Federal.

Culpabilidade é o juízo de reprovação em relação ao agente imputável que, apesar da potencial consciência da ilicitude e da exigibilidade de conduta diversa, pratica fato criminoso, demonstrando a necessidade de imposição de uma pena.

Aliás, a decisão em comento destacou o fato de ser o agente "jovem desempregado – com apenas 19 anos de idade".

Ambas as situações são relativas à culpabilidade do agente. O fato de ter praticado o pequeno furto estando desempregado atenua a exigibilidade de conduta diversa (não chega a ser inexigível, mas a exigibilidade é de certa forma reduzida). Essa atenuação decorre, também, do fato de ser o agente um jovem de 19 anos.

Fica nítido que o agente, no caso em questão, tem reduzida a sua culpabilidade; ou seja, é reduzida a reprovabilidade de seu comportamento, não sendo a imposição de pena uma necessidade absoluta.

Assim, apesar de a decisão sustentar que o princípio da insignificância é causa de exclusão da tipicidade, indica a análise da culpabilidade como sendo um dos vetores de sua aplicação.

Como já visto, Diomar Ackel Filho também defendeu que a insignificância absoluta (nos termos por ele apresentados, diversos da tese aqui defendida) excluiria a tipicidade, ante a ausência de reprovabilidade. Para este autor, a insignificância absoluta "é a que exclui a tipicidade. O fato, por deveras ínfimo, não chega a expressar valoração digna de tutela da norma penal, através da subsunção em um tipo. Não há reprovabilidade"[315].

Todavia, não há como se condicionar a tipicidade da conduta à existência da reprovabilidade (leia-se, culpabilidade) desta conduta.

A razão dessa impossibilidade está no fato de que a tipicidade toma em conta o desvalor da conduta em si própria, bem como seu potencial ofensivo em relação ao bem jurídico, enquanto a culpabilidade toma em conta o desvalor da conduta em relação às condições pessoais do agente (imputabilidade, liberdade volitiva da ação e consciência da ilicitude) e a necessidade de se impor uma pena em razão da conduta (devido à sua reprovabilidade).

---

[315] ACKEL FILHO, Diomar. *O princípio da insignificância no direito penal*, p. 76.

Uma vez afastada a tipicidade da conduta, irrelevante a análise da sua reprovabilidade, eis que a incidência do direito penal sobre esta conduta já foi excluída.

Contudo, a análise da reprovabilidade mostra-se fundamental para a insignificância relativa.

Presente a ofensividade da conduta (que lesionou ou expôs a perigo o bem jurídico de maneira suficiente para estar configurada a sua tipicidade), é ainda possível que ela seja relativamente insignificante, ante o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento, não sendo o agente merecedor da sanção penal, devendo o feito ser considerado "axiologicamente irrelevante"[316], eis que seu conjunto não contém um valor negativo o suficiente para tornar necessária e merecida a aplicação de pena criminal.

No entanto, a análise valorativa, acerca de ser o fato merecedor de reprovação penal, ainda que tenha havido a (diminuta) lesão ao bem jurídico, deve ocorrer no momento da constatação da reprovabilidade da conduta praticada pelo agente, sendo então verificadas as suas condições pessoais.

Quando a insignificância é apenas relativa, ocorre, na realidade, a tolerância por parte da sociedade, que entende como desnecessária e não merecida a reprovação pelo ordenamento penal e, consequentemente, a aplicação de uma pena. Todavia, a insignificância relativa só excluirá a culpabilidade se as condições pessoais do autor da conduta forem favoráveis.

### *5.2.4. "Inexpressividade da lesão jurídica provocada"*

Este último vetor trata da lesividade da conduta, tomando-se em conta não o bem jurídico abstratamente considerado (que é objeto de análise da ofensividade da conduta), mas o objeto individualmente tomado e que sofreu a conduta delituosa praticada.

A própria decisão ora analisada estabeleceu que "o sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificarão quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais,

[316] CORNEJO, Abel. *Teoría de la insignificancia*, p. 73.

notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade".

A lesividade, todavia, não se confunde com a ofensividade da conduta, sendo, aliás, vetores diversos para a análise da insignificância da conduta, segundo o Supremo Tribunal Federal.

Deve-se, assim, diferenciar a "mínima ofensividade da conduta do agente" da "inexpressividade da lesão jurídica provocada".

A ofensividade da conduta refere-se à capacidade potencial desta conduta de lesionar ou expor a perigo de lesão bens jurídicos penalmente tutelados. Exatamente por se tratar do potencial ofensivo da conduta, deve-se levar em consideração o bem jurídico abstratamente considerado.

Já a análise da lesão jurídica provocada pela conduta pressupõe não o bem jurídico abstratamente considerado, mas o objeto jurídico efetivamente lesionado pela conduta praticada (ou o perigo por ele sofrido).

Em outros termos, sendo "mínima a ofensividade da conduta do agente", ela será absolutamente insignificante. Não sendo esta a hipótese, isto é, apresentando a conduta significativo potencial ofensivo, ela poderá ser relativamente insignificante, caso a "lesão jurídica provocada" seja "inexpressiva".

### 5.3. Posição adotada

Como visto, o Supremo Tribunal Federal apresenta quatro vetores para a análise da insignificância de uma conduta formalmente típica: "(a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada". E a Corte Suprema entende que, presentes tais vetores, a conduta é insignificante, o que leva à "conseqüente descaracterização da tipicidade penal em seu aspecto material".

Todavia, é nítido que alguns desses vetores não se relacionam à tipicidade da conduta, como é o caso do "reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento", elemento indiscutivelmente ligado à culpabilidade do agente.

Considerando-se que a análise da culpabilidade do agente não é pressuposto para se afirmar a tipicidade da conduta (ou sua ausência), é certo que esses vetores relacionam-se a duas espécies de insignificância: a absoluta (que afasta a tipicidade) e a relativa (que afasta a culpabilidade).

Será absolutamente insignificante se mínima for a ofensividade da conduta do agente. O ordenamento jurídico só pode se utilizar do direito penal para proteger bens jurídicos (princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos). Assim, não pode ser tipificada uma conduta que não tutele algum bem jurídico, ou seja, que não apresente ofensividade a algum bem jurídico (princípio da ofensividade, reflexo do próprio princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos).

Entretanto, condutas que em tese apresentam ofensividade a bens jurídicos (e por isto passíveis de serem tipificadas como crimes) podem, no caso concreto, não apresentar qualquer ofensividade ao bem jurídico (abstratamente considerado) tutelado pela norma.

Pelos princípios da exclusiva proteção a bens jurídicos e da ofensividade, o legislador não está autorizado a tipificar como crimes condutas que não apresentem ofensividade a bens jurídicos. Em consequência, se no caso concreto a conduta típica apresentar apenas uma mínima ofensividade ao bem jurídico tutelado, não será materialmente típica, por ser absolutamente insignificante.

Assim, uma vez identificada a absoluta insignificância pela "mínima ofensividade da conduta do agente" em relação ao bem jurídico tutelado e abstratamente considerado, não há porque se analisar os outros vetores indicados na decisão do Supremo Tribunal Federal, eis que a conduta já é materialmente atípica.

Os demais vetores, entretanto, são essenciais para a análise da insignificância relativa, e deverão estar todos presentes para a sua configuração (e consequente exclusão da culpabilidade do agente).

Não sendo mínima a ofensividade da conduta do agente, a conduta não é absolutamente insignificante. Mas pode ser relativamente insignificante, no caso de estarem presentes os demais vetores: nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada, afastando-se assim a culpabilidade.

Note-se que esses vetores coincidem com o entendimento de Paliero, como lembra José Luis Guzmán Dalbora. Como visto, para este autor, a análise da insignificância deve seguir uma hierarquia de seus componentes: em primeiro lugar, o desvalor do resultado (ou a "inexpressividade da lesão jurídica provocada"), seguido da modalidade objetiva da conduta (que deve apresentar "nenhuma periculosidade social") e, por fim, a culpabilidade do ato (ante a "reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento"), que serve para confirmar o indício de exiguidade indicado pelo desvalor do resultado[317].

Assim, o primeiro desses três vetores a ser analisado é a lesividade da conduta. Ainda que não seja mínima a ofensividade da conduta (tomando-se em conta o bem jurídico abstratamente considerado), é possível que a lesão jurídica provocada seja mínima, tomando-se em conta o objeto individualmente lesionado pela conduta delituosa praticada.

Sendo esse o caso, passa-se para os outros dois vetores.

A "periculosidade social da ação" é a gravidade da conduta praticada, que impede que condutas consideradas socialmente perigosas, que colocam em risco a "integridade da própria sociedade", sejam consideradas relativamente insignificantes (mas não tem o poder de afastar a insignificância absoluta), como seria o caso do tráfico de entorpecentes, no entender do Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, ainda que de pequena monta a lesão ou perigo de lesão (tendo-se por referência o objeto jurídico individualizado), a periculosidade social da conduta pode agregar ao seu conjunto um valor negativo o suficiente para tornar necessária e merecida a aplicação de pena criminal em decorrência dessa conduta, não se tratando de fato *axiologicamente irrelevante*.

Por fim, sendo inexpressiva a lesão jurídica provocada e não estando presente esta "periculosidade social", analisa-se a reprovabilidade do comportamento do agente.

Essa reprovabilidade é a indicação da necessidade e do merecimento de aplicação de uma sanção penal ao agente. Contudo, se a conduta é relativamente

---

[317] DALBORA, José Luis Guzmán. *La insignificancia :especificación y reducción valorativas en el ámbito de lo injusto típico*, p. 73.

insignificante, não há necessidade e merecimento de se aplicar esta pena, pois a sociedade tolera esta conduta, desde que as condições pessoais do agente sejam favoráveis (condições tais como as indicadas por Luís Flávio Gomes, "ínfimo desvalor da culpabilidade, ausência de antecedentes criminais, reparação dos danos, reconhecimento da culpa, colaboração com a justiça, o fato de ter sido o agente processado, o fato de ter sido preso ou ter ficado preso por um período etc."[318]).

Trata-se, pois, da própria análise dos elementos do artigo 59 do Código Penal (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e conseqüências do crime, comportamento da vítima).

Dessa forma, se a conduta provocar inexpressiva lesão jurídica, não apresentar nenhuma periculosidade social, e sendo reduzidíssimo o grau de reprovabilidade do comportamento, afastada restará a culpabilidade, tratando-se de fato "axiologicamente irrelevante", eis que seu conjunto não contém um valor negativo o suficiente para tornar necessária e merecida a aplicação da pena criminal.

Aliás, em recentíssimo julgado, o Supremo Tribunal Federal afastou o princípio da insignificância em um caso de furto de barras de chocolate, avaliadas em R$ 45,00 (menos de 10% do salário mínimo vigente), em razão da reincidência específica do autor do delito na prática de pequenos furtos[319]. Nítida, assim, a existência de uma insignificância relativa, em que a reprovabilidade do agente é objeto de apreciação para o seu reconhecimento.

[318] GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade,* p. 24.
[319] *HC 101.998/MG*, Relator Ministro Dias Toffoli, decisão datada de 23.11.2010.

# 6. O BEM JURÍDICO DIFUSO E O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Como visto no capítulo anterior, o Supremo Tribunal Federal, no julgado da AC 439-1/SP, reconheceu a aplicabilidade do princípio da insignificância em relação a delitos ambientais.

Esse, entretanto, não é o entendimento majoritário nos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais do país. "Não são poucos os julgados em matéria penal ambiental que, *v.g.*, simplesmente consideram inaplicável o princípio da insignificância, sob o argumento dela versar sobre bens jurídicos supraindividuais"[320], e "de uma alegada impossibilidade de se avaliar a real extensão do dano causado no ecossistema pela conduta do agente"[321].

Os fatores impeditivos da aplicação do princípio da insignificância em relação aos crimes que tutelam bens jurídicos difusos seriam a sua natureza supraindividual, a eventual cumulatividade da lesão sofrida por tais bens, bem como a intenção do legislador de antecipar a proteção de tais bens, tutelando-os por meio da tipificação de crimes de perigo abstrato, de modo a proteger o bem jurídico do mero risco, não havendo que se falar em insignificância da lesão.

Entretanto, "é exatamente o caráter supraindividual dos crimes ecológicos, associado à técnica de tutela adotada, que reforça ainda mais a importância de significação para a definição do âmbito de proteção da norma"[322]. Aliás, esta delimitação se faz necessária em relação a todos os crimes que tutelam bens jurídicos difusos, e não apenas em relação aos crimes ambientais.

O citado julgado do Supremo Tribunal Federal não resolve tal questão. Apesar de reconhecer a aplicabilidade do princípio da insignificância em relação a crimes ambientais, não delimita a sua aplicação, já que não identifica o caráter supraindividual do bem jurídico tutelado, não mencionando sequer os vetores para o reconhecimento da

---

[320] D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Breves notas sobre o direito penal ambiental*, p. 16.
[321] MARCÃO, Renato. *Crimes ambientais: a incidência do princípio da insignificância*, p. 15.
[322] D'ÁVILA, Fabio Roberto. *Breves notas sobre o direito penal ambiental*, p. 16.

insignificância, estabelecidos pelo próprio Supremo Tribunal Federal, na decisão proferida no HC 84.412-0/SP.

Some-se a isso o fato de que a decisão proferida na AC 439-1/SP é isolada na jurisprudência dessa corte ao tratar do assunto, e o inafastável fato de tal julgado se referir a uma ação penal cujo réu era um deputado federal.

Assim, imprescindível a análise da aplicabilidade do princípio da insignificância (absoluta e relativa) em relação aos crimes que tutelam bens jurídicos difusos, com especial atenção aos delitos cumulativos e aos crimes de perigo abstrato.

### 6.1. Aplicabilidade do Princípio da Insignificância aos Crimes que tutelam Bens Jurídicos Difusos

Como já analisado anteriormente, entendemos que "os bens jurídicos são interesses humanos que requerem proteção penal"[323], "considerando por tais 'interesses' aqueles 'bens vitais' imprescindíveis para a vida em comum dos indivíduos"[324], seja dos indivíduos hoje vivos como também das futuras gerações, e que encontrem respaldo, ainda que indiretamente, na Constituição.

Enquanto os bens jurídicos individuais são elementos imprescindíveis para cada ser humano individualmente tomado, os bens jurídicos difusos são imprescindíveis para todos os seres humanos ao mesmo tempo, por se tratar de interesse indivisível da sociedade.

Bens jurídicos difusos são, dessa forma, aqueles necessários a todos os indivíduos (socialmente tomados) para possibilitar o convívio social. Em razão disto, os bens jurídicos apresentam as características de não serem titularizados por ninguém, da não distributividade (pois são interesses indivisívies) e de serem não consumíveis.

O bem jurídico difuso é tutelado tendo em vista a proteção do ser humano, bem como visando a possibilitar o pleno desenvolvimento humano. Contudo, nunca deve ser protegido por ser o bem jurídico difuso um fim em si mesmo, senão devido à sua

---

[323] HASSEMER, Winfried. *Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico*, p. 282 (tradução do autor).
[324] SEHER, Gerhard. *La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico*, p. 73/74 (tradução do autor).

relação com o ser humano[325], e "quanto maior for a distância com a pessoa concreta, tanto menor será sua legitimação como bem jurídico-penal"[326].

Em razão de não ser o bem jurídico difuso um fim em si mesmo, e de sua proteção dar-se apenas em decorrência da relação com o ser humano, não há como se afastar a possível incidência do princípio da insignificância aos crimes que tutelam bens jurídicos difusos. Vejamos.

Se até mesmo lesões a bens jurídicos individuais, que afetam diretamente o ser humano (razão de ser do próprio ordenamento penal), são passíveis de ser consideradas insignificantes, não há porque se afastar esta possibilidade em relação a pequenas lesões a bens jurídicos difusos, que protegem apenas indiretamente o ser humano.

Uma pequena lesão a um bem jurídico difuso, dessa forma, será ainda menor em relação a cada ser humano, ainda que socialmente considerado.

Ora, se ninguém pode ser considerado o titular desse bem, tampouco pode ser atribuída uma parcela do bem jurídico a qualquer indivíduo, essa lesão será sentida por todos, embora de forma cada vez mais indireta.

Assim, uma pequena lesão de tal forma diminuta e indireta em relação aos indivíduos não poderá ser suficiente para ser considerada empecilho para o convívio social.

Exatamente em razão de serem necessários a todos os indivíduos, socialmente tomados, não sendo titularizados por ninguém, não havendo distributividade nem sendo eles consumíveis, os bens jurídicos difusos se distanciam do ser humano, de modo que as lesões a esses bens sejam sempre reduzidas em relação ao indivíduo. Se a lesão já for pequena em relação ao próprio bem jurídico difuso, será mínima em relação ao indivíduo, podendo chegar ao ponto de ser considerada insignificante.

É claro que nem toda lesão a bens jurídicos difusos será insignificante ao ser humano. Ao contrário, o bem jurídico difuso é tutelado, tal qual qualquer outro bem jurídico, para possibilitar o convívio social.

---

[325] HASSEMER, Winfried. *¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?*, p. 96.
[326] COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*, p. 27/28.

Entretanto, as lesões ao bem jurídico difuso atingem apenas indiretamente o indivíduo, sendo por ele sentidas de forma menos intensa. Sendo o indivíduo a razão de ser do próprio ordenamento penal, quando o reflexo da lesão ao bem jurídico difuso atingir o indivíduo (de hoje ou do futuro) de forma muito reduzida, pode ser considerada insignificante.

As características do bem jurídico difuso (não titularidade, não distributividade e o fato de não serem consumíveis) reforçam ainda mais a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, pois demonstram o distanciamento do bem jurídico difuso em relação ao indivíduo.

Dessa forma, ao contrário do que entende (grande) parte da jurisprudência dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais do país, a característica da supraindividualidade dos bens jurídicos difusos é exatamente o que os torna ainda mais aptos à aplicação do princípio da insignificância.

Todavia, a dificuldade está na identificação da insignificância no tocante a crimes de perigo abstrato, em que o bem jurídico é de tal forma protegido que se antecipa a tutela penal, criminalizando-se o próprio risco a que o bem jurídico é exposto.

O mesmo ocorre em relação aos crimes cumulativos, que buscam punir não a lesão causada por uma única ação, mas o resultado acumulado de inúmeras ações reiteradas, garantindo-se assim a vida em sociedade não apenas dos indivíduos de hoje, mas também do futuro.

### 6.2. A insignificância e os crimes de perigo abstrato

Como já visto, no crime de perigo abstrato, o perigo só existe em um juízo *ex ante*, em uma análise imediatamente anterior à ocorrência dos fatos, pelo ponto de vista do próprio agente e com base em todas as circunstâncias conhecíveis naquele momento, no qual o perigo abstrato existirá se a conduta gerar a possibilidade de ocasionar dano ao bem jurídico tutelado, sendo que este perigo não foi efetivamente criado apenas devido a circunstâncias alheias ao controle do agente, o que se descobre exclusivamente em juízo *ex post*.

O que se criminaliza, em última instância, é o risco ao qual o agente expõe o bem jurídico penalmente tutelado. No entanto, só deverá ser considerada típica a conduta que criar um risco não insignificante, como já lecionou Fábio Roberto D`Ávila: "o critério limite de verificação de uma situação de perigo abstrato é, desse modo, um critério misto, objetivo-normativo, expresso na idéia de *possibilidade não-insignificante de dano ao bem jurídico*"[327].

É dizer que, se a possibilidade de dano ao bem jurídico for insignificante, isto é, se o próprio risco ao qual o bem jurídico está exposto já é insignificante, a conduta não será materialmente típica. Trata-se, pois, da aplicação da insignificância absoluta, excluindo-se a própria tipicidade da conduta.

Também será absolutamente insignificante a conduta que criar um risco (não insignificante) de lesão absolutamente insignificante ao bem jurídico tutelado.

Assim, duas serão as possibilidades de insignificância absoluta quando se trata de crime de perigo abstrato, ocasionando-se a exclusão da tipicidade da conduta: o próprio risco gerado é de tal forma diminuto que se torna praticamente impossível a hipótese de concretização deste risco e consequente lesão ao bem jurídico; o risco não é insignificante, mas a lesão que poderia dele resultar seria absolutamente insignificante.

Nessas duas hipóteses (risco insignificante e possível lesão insignificante), ainda que a conduta seja formalmente típica, é de tal forma insignificante que não pode ser considerada materialmente típica.

A absoluta insignificância reside na "mínima ofensividade da conduta do agente" em relação ao bem jurídico tutelado e abstratamente considerado, seja por ter criado um risco apenas insignificante ao bem jurídico tutelado, seja porque a lesão que viesse a ser causada seria insignificante. Ante o cumprimento deste vetor indicativo da insignificância absoluta, a conduta deve ser considerada atípica.

Apesar de ser hipoteticamente possível a ocorrência da insignificância absoluta no caso do crime de perigo abstrato (seja pela insignificância do risco, seja pela insignificância da lesão que poderia ser criada), trata-se de situação de difícil constatação

---

[327] D'ÁVILA, Fábio Roberto. *O ilícito penal nos crimes ambientais. Algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental*, p. 39.

empírica porque o crime de perigo abstrato trabalha com uma situação hipotética, uma prognose póstuma de algo que não veio a ocorrer.

Mais fácil será a ocorrência da insignificância relativa, a qual poderá se verificar na hipótese em que o risco for pequeno (mas não absolutamente insignificante) e a lesão que poderia ter ocorrido em razão deste risco também for pequena. Assim, a conduta do agente poderá ser relativamente insignificante quando gerar um pequeno risco de ocasionar um pequeno dano ao bem jurídico, não sendo "mínima a ofensividade da conduta do agente", mas apenas reduzida.

Nesse caso, não se pode falar em ausência de tipicidade material. A conduta é tanto formal quanto materialmente típica, embora possa ser um fato axiologicamente irrelevante, culminando com a exclusão da culpabilidade com respaldo na insignificância relativa.

Como visto, para a análise da insignificância relativa, deve-se tomar por base o bem jurídico individualizado (que deve sofrer lesão apenas diminuta) e as condições pessoais do agente (que devem ser favoráveis), preenchendo-se os seguintes vetores indicados pelo Supremo Tribunal Federal: nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada, fazendo com que a culpabilidade seja afastada.

O problema está na individualização do bem jurídico, que não chegou a ser efetivamente exposto a risco concreto, para se analisar o vetor "inexpressividade da lesão jurídica provocada".

Essa individualização terá que ocorrer também de forma hipotética: qual bem jurídico poderia ser efetivamente colocado em risco, e em que hipótese.

Voltemos ao exemplo do indivíduo que conduz seu veículo e faz uma ultrapassagem utilizando-se da faixa de direção contrária, em uma curva cega da estrada. Como vimos, no momento em que adentra a curva na faixa de direção contrária (juízo *ex ante*), não tem o agente o conhecimento de se vem outro veículo na mão de direção contrária ou não, ou seja, não tem o agente possibilidade de saber se concretamente irá expor bens jurídicos (vida, integridade física) a perigo real, tratando-se, assim, de conduta que gera perigo abstrato a estes bens jurídicos.

Contudo, caso a mão de direção contrária esteja bloqueada poucos metros à frente da curva onde ocorreu a ultrapassagem, o risco criado torna-se bem reduzido (embora não insignificante, pois alguém poderia ter desobedecido o bloqueio, ou outro veículo que fosse conduzido no mesmo sentido mas à frente poderia ter feito um retorno na pista, passando a ocupar o sentido contrário).

Dessa forma, a intensidade o risco é avaliada em uma análise *ex post*, a partir das informações não disponíveis ao agente no momento da conduta.

Todavia, para que se possa configurar a insignificância relativa, não basta o risco ser reduzido. É preciso que a possível lesão, ocasionada pela realização da situação de perigo, também fosse diminuta.

A hipotética lesão também deverá ser verificada a partir de uma análise *ex ante*, em especial da própria conduta do agente e de seu esforço em reduzir o risco e minimizar os eventuais danos.

No nosso exemplo, a lesão ao bem jurídico tutelado (integridade física) seria diminuta se o condutor não estivesse em alta velocidade (ultrapassando um caminhão que trafega muito lentamente), e tentasse anunciar sua manobra, através de sinais luminosos ou sonoros, para que eventual veículo que viesse na mão contrária de direção respondesse a tais sinais ou reduzisse a velocidade. Com tais atitudes, ainda que ocorresse uma colisão entre veículos, ela certamente provocaria lesões muito reduzidas.

Dessa forma, apesar da conduta materialmente gerar um risco à integridade física de outrem, sendo este risco diminuto e a eventual lesão também reduzida, é possível que o fato seja considerado relativamente insignificante, pois estará preenchido o vetor "inexpressividade da lesão jurídica provocada".

É claro que ainda deverão ser analisados os dois outros vetores da insignificância relativa, isto é, a "periculosidade social da ação" (a válvula de escape para afastar a incidência do princípio da insignificância em relação a crimes considerados graves – a conduta não pode ser consideradas socialmente perigosas, colocando em risco a "integridade da própria sociedade") e o "reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento" (a intensidade da culpabilidade do agente).

Assim, se a conduta provocar inexpressiva lesão jurídica, por ter criado apenas um pequeno risco de ocasionar uma pequena lesão ao bem jurídico; não apresentar esta conduta nenhuma periculosidade social; e sendo reduzidíssimo o grau de reprovabilidade do comportamento, afastada restará a culpabilidade, tratando-se de fato axiologicamente irrelevante, eis que seu conjunto não agrega um valor negativo o suficiente para haver necessidade ou merecimento de uma pena criminal.

### 6.3. A insignificância e os crimes cumulativos

Como já analisado, nos crimes cumulativos a conduta do agente é punida não pelo resultado que produz isoladamente, eis que a conduta isolada não é capaz de causar uma lesão significativa ao bem jurídico, mas pela lesão que pode vir a ser causada ao bem jurídico caso esta conduta seja praticada de forma reiterada, ainda que praticada por diferentes agentes.

No entanto, para evitar a punição *ex iniuria tertii*, ou seja, pela conduta de terceiros, a aplicabilidade dessa espécie de delitos deve ser a mais restrita possível, exclusivamente em relação a condutas já rotineiras, que tenham concreta possibilidade de ocasionar um resultado cumulativo.

Assim, para a configuração do delito cuja entidade típica demanda a cumulatividade do dano e para que não se puna por ato de terceiros, a conduta deve ser uma prática já reiterada que já esteja causando lesão ao bem jurídico, ou cujo risco seja efetivo, e não uma simples previsão abstrata de lesão.

A dificuldade na aplicação do princípio da insignificância, entretanto, reside exatamente no fato de ser a lesão gerada apenas pela reiteração da conduta, e não por sua prática isolada. Aliás, este costuma ser o fundamento das decisões de parte da jurisprudência ao afastar o princípio da insignificância em relação aos delitos ambientais, pois a conduta que isoladamente pareceria insignificante seria capaz de gerar um grande dano ambiental se fosse reiterada.

Todavia, para que haja adequação típica (formal), de acordo com o entendimento que defendemos, a previsão de reiteração de condutas não pode ser abstrata, eis que a conduta típica deve ser uma prática já reiterada, mesmo que não esteja ainda

produzindo o resultado lesivo ao bem jurídico difuso, mas desde que haja um risco efetivo de dano.

De qualquer forma, a conduta individual será absolutamente insignificante se a reiteração desta exata conduta (nos mesmos moldes, na mesma intensidade) não vier a causar uma lesão significativa ao bem jurídico.

A análise da insignificância absoluta, assim, deve ser feita em duas etapas. No primeiro momento, deve-se analisar se a conduta é passível de configurar o delito de acumulação, ou seja, se a conduta se amolda formalmente à figura típica cumulativa. Para tanto, esta conduta já deve ser praticada de forma reiterada, lesionando ou causando risco iminente de lesão ao bem jurídico. Sendo positiva esta análise, conclui-se que a conduta é formalmente típica.

No entanto, para ser materialmente típica, deve ser feita uma segunda análise, não mais tomando em consideração as demais condutas que já vem sendo concretamente praticadas, mas exclusivamente a conduta praticada pelo agente. Prognosticamente e desconsiderando-se as demais condutas efetivamente praticadas, analisa-se o impacto que a conduta do agente causaria ao bem jurídico tutelado se ela viesse a ser praticada reiteradamente (da mesma forma, no mesmo local, com a mesma intensidade).

Se a conduta do agente, ainda que praticada repetidamente, não for suficiente para causar uma lesão significativa ao bem jurídico tutelado, deverá ser considerada absolutamente insignificante, eis que será mínima a ofensividade desta conduta.

Irrelevante, nesse caso, que haja outras condutas já causando uma lesão ao bem jurídico difuso. A existência de outras condutas lesando ou gerando o risco de lesão ao bem jurídico difuso só será relevante para a configuração da tipicidade formal do delito cumulativo, para que este não seja a mera punição *ex iniuria tertii*.

No momento da análise da insignificância absoluta da conduta, observa-se exclusivamente a conduta do agente, replicando-a prospectivamente. Haverá tipicidade material se o resultado desta prospecção apresentar um mínimo de ofensividade, ou seja, uma lesão não insignificante ao bem jurídico tutelado.

No caso de estar presente um mínimo de ofensividade, caso a exclusiva reiteração da conduta do agente já seja suficiente para causar uma lesão não absolutamente insignificante ao bem jurídico tutelado, ainda será possível que sua conduta seja relativamente insignificante.

Como visto, a insignificância relativa pode vir a excluir a culpabilidade nos casos de ser a lesão apenas de pequena monta, considerando-se o bem jurídico concretamente tomado.

Essa exclusão da culpabilidade deverá ser feita tomando-se em conta as peculiaridades do bem jurídico objeto de proteção.

No caso de delitos ambientais cumulativos, por exemplo, essa individualização deve ser feita tomando-se em conta a lesão provocada pela conduta do agente; comparando-a com a lesão provocada pelas demais condutas que vem sendo praticadas[328]; e verificando-se a capacidade de regeneração do próprio meio-ambiente[329], o quão sensível é o determinado microssistema que sofreu a lesão[330].

Feita essa análise, pode-se ao final concluir que a conduta do agente é relativamente insignificante, seja porque cause uma lesão muito pequena a um bem jurídico que já vem sofrendo lesões enormes, seja porque o bem jurídico difuso lesado é capaz de regeneração mais veloz que a frequência da conduta lesiva. Em ambos os casos a lesão jurídica será inexpressiva.

É claro que, à semelhança do que ocorre em todos os outros casos, só será reconhecida a insignificância relativa se, além da inexpressividade da lesão jurídica provocada, a reprovabilidade do agente for reduzidíssima. Ante estes dois fatores (e não sendo a conduta considerada como socialmente perigosa – "nenhuma periculosidade social da ação"), tendo-se por referência o objeto jurídico individualizado, o fato se torna axiologicamente irrelevante, pois o seu conjunto não agrega um valor negativo o suficiente para haver necessidade ou merecimento de uma pena criminal.

---

[328] Por exemplo, será relativamente insignificante a conduta de despejar o esgoto residencial de uma casa habitada por apenas um indivíduo em um rio altamente poluído como o rio Tietê.

[329] A capacidade de regeneração ambiental pode ser, em certas hipóteses, mais veloz que a frequência da prática lesiva.

[330] Exemplo dessa análise da sensibilidade do microssistema é a ameaça de extinção do animal ou da planta.

A insignificância relativa, em razão da possibilidade de análise do bem jurídico individualizado, com suas peculiaridades, bem como da reprovabilidade do agente (em especial se isto foi um fato isolado ou uma prática reiterada por parte do próprio agente), mostra-se a mais propícia a ser aplicada em relação aos bem jurídicos difusos no que tange à figura típica do delito cumulativo.

Aliás, a característica da capacidade de recuperação da área (e o baixo custo para tanto), além do fato de ser a área lesada pequena, foi uma das principais justificativas apresentadas na decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a aplicabilidade do princípio da insignificância em relação ao meio ambiente.

# 7. CONCLUSÃO

As conclusões do presente trabalho podem ser assim sintetizadas:

**1.** A função do Direito Penal é garantir a existência pacífica, livre e segura a todos.

**2.** Em razão disso, o bem jurídico deve ser concebido de forma material como sendo as circunstâncias necessárias para a existência pacífica, livre e segura a todos, bem como as instituições estatais adequadas para este fim.

**3.** O bem jurídico não é criado pela Constituição, mas nela deve encontrar respaldo, explícita ou implicitamente, eis que a Constituição é o texto normativo que descreve quais são as condições individuais e coletivas para uma vida em sociedade, bem como as instituições públicas necessárias para tanto, não bastando que o bem seja meramente não incompatível com ela.

**4.** O pensamento neokantiano, pelo qual o objetivo do direito penal é a própria proteção do ordenamento jurídico, deve ser repudiado, pois ao Estado não pode ser concedido o poder absoluto de criminalizar qualquer conduta.

**5.** A simples limitação formal ao poder punitivo estatal – o processo legislativo democrático – não é suficiente para impedir a ditadura da maioria sobre a minoria, impondo sua moral e sua ideologia, como ocorrido na Alemanha nazista.

**6.** A relativização do conceito de bem jurídico permitiria em caráter excepcional a criminalização de condutas não ofensivas a bens jurídicos, como os maus tratos a animais, o que enfraqueceria o bem jurídico, pois sempre poderiam ser criadas novas exceções.

**7.** A flexibilização do conceito de bem jurídico possibilitaria incluir interesses e valores que, pela teoria constitucional, não poderiam ser considerados bens jurídicos, o que deixaria o bem jurídico sem forma e conteúdo estritos, voltando a ser a mera *ratio legis* do crime, perdendo assim seu conteúdo crítico.

**8.** Assim, em ambos os casos (relativização e flexibilização do conceito de bem jurídico), a força limitadora do poder punitivo estatal do conceito estaria perdida, tornando o próprio conceito de bem jurídico inútil.

**9.** O conceito rígido de bem jurídico é o único elemento prévio à legislação penal que tem capacidade de limitar materialmente o poder punitivo estatal, sendo inaceitável a ideia do seu abandono, relativização ou flexibilização.

**10.** Deve ser adotado o conceito pessoal de bem jurídico, pois o objeto de proteção do direito penal é exclusivamente o ser humano, vivo ou futuro, sendo os bens jurídicos os interesses humanos, diretos (bens jurídicos individuais) e indiretos (bens jurídicos difusos e institucionais), imprescindíveis para a vida em comum, que requerem proteção penal e encontram respaldo, ainda que indiretamente, na Constituição

**11.** Demais condutas indesejadas, mas que não afetem bens jurídicos (de acordo com a teoria pessoal do bem jurídico) podem apenas ser objeto de normatização em outras esferas do ordenamento jurídico.

**12.** Bens jurídicos difusos são aqueles necessários a todos os indivíduos (socialmente considerados) para possibilitar o convívio social, sendo suas características a ausência de titularidade, a não distributividade e o fato de não serem consumíveis.

**13.** Pela característica da não distributividade, o bem jurídico pode ser utilizado, ainda que potencialmente, por qualquer indivíduo, não sendo possível atribuí-lo inteira ou parcialmente a um indivíduo ou grupo de indivíduos.

**14.** Pela característica de não ser o bem jurídico difuso consumível, a sua utilização não leva à redução do bem, ou seja, este não é reduzido na proporção da utilização.

**15.** O bem jurídico difuso é tutelado tendo em vista a proteção do ser humano, bem como visando a possibilitar o pleno desenvolvimento humano, não sendo um fim em si mesmo (teoria monista-pessoal, em consonância com o conceito de bem jurídico pessoal).

**16**. No crime de perigo abstrato, o perigo existe apenas em uma análise *ex ante*, a partir da qual se considera a existência do perigo abstrato se a conduta gerar a

possibilidade de ocasionar dano ao bem jurídico. Trata-se, assim, do risco ao qual o bem jurídico foi exposto.

**17.** O crime de perigo abstrato não se trata de uma presunção de perigo, eis que o conceito de presunção é tema afeto ao ônus probatório, não sendo o direito processual que determina as características do ilícito penal.

**18.** Para a configuração do delito cuja entidade típica demanda a cumulatividade do dano, a conduta deve ser uma prática já reiterada, e que já esteja causando lesão ao bem jurídico, ou cujo risco de lesão seja efetivo, e não uma simples previsão abstrata de lesão, sob pena de punir-se o agente por ato de terceiros.

**19**. O crime de mera desobediência, por não proteger qualquer bem jurídico, mas apenas a vigência da própria norma, não pode ser aceito, pois nem a norma, tampouco o Estado, são um fim em si mesmo, o que faz com que a tipificação da mera desobediência viole o princípio da dignidade da pessoa humana.

**20.** Não se confundem os conceitos de crime de mera desobediência e crime de mera conduta, pois enquanto no primeiro a conduta tipificada não tutela qualquer bem jurídico, mas apenas a própria vigência da norma, no segundo há sempre um bem jurídico sendo tutelado, mas cuja lesão prevista não é naturalística, pois inexiste um resultado material destacado da própria conduta.

**21.** Apesar do princípio da insignificância ter inspiração no adágio latino *minima non curat praetor,* pelo qual o juiz não deve se ocupar de questões mínimas, tal máxima se tratava de um pressuposto processual (civil) para restringirir o acesso ao órgão jurisdicional, não tendo característica de instrumento despenalizador.

**22**. O princípio da insignificância surge como instituto de direito penal, ferramenta interpretativa do tipo penal, que busca afastar de sua incidência condutas apenas formalmente típicas.

**23.** O princípio da insignificância não está expressamente positivado em nosso ordenamento, sendo decorrência dos princípios da dignidade da pessoa humana, da exclusiva proteção de bens jurídicos, da ofensividade, da intervenção mínima, da fragmentariedade e da proporcionalidade.

**24.** O princípio da insignificância tem embasamento na dignidade da pessoa humana e no princípio da proporcionalidade, pois a sanção criminal *comprime* a esfera de dignidade do apenado, em decorrência de prévia violação à dignidade alheia, devendo ser aplicada no do limite da retribuição do mal causado, fazendo com que condutas que gerem lesão ou perigo insignificante só possam receber sanções penais insignificantes.

**25.** O princípio da insignificância decorre também dos princípios da exclusiva proteção de bens jurídicos e da ofensividade pois se só é possível criminalizar condutas que violem bens jurídicos, não há porque se criminalizar ou punir condutas que gerem lesões insignificantes ao bem jurídico tutelado, eis que lesões insignificantes não são suficientes para por em risco a segurança da vida em coletividade, tampouco do sistema estatal que busca essa segurança.

**26.** O princípio da insignificância tem fundamento, ainda, nos princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade pois, sendo o direito penal a *ultima ratio* do ordenamento, ataques insignificantes ao bem jurídico não podem ser elegidos como merecedores de pena, podendo tais lesões ser objeto de incidência dos outros ramos do ordenamento jurídico, já que o direito penal só deve se preocupar com agressões absolutamente intoleráveis pela sociedade.

**27**. O princípio da insignificância não é causa excludente da antijuridicidade, pois não torna a conduta lícita, podendo o lesado buscar a via reparatória em outro ramo do ordenamento jurídico, ou ainda valer-se de alguma causa excludente de antijuridicidade, como a legítima defesa.

**28.** Apesar da área de intersecção, não se confundem o princípio da insignificância e o conceito de adequação social, pois uma conduta será socialmente adequada se tiver aprovação social, independentemente de causar um resultado insignificante ou de grande vulto, enquanto uma conduta insignificante apenas está afastada da jurisdição penal, não sendo necessariamente adequada socialmente.

**29**. O princípio da insignificância deve ser dividido em dois princípios (ou subprincípios), a *insignificância absoluta* (excludente da tipicidade material) e a *insignificância relativa* (excludente da culpabilidade).

**30.** A insignificância absoluta refere-se a uma lesão de tal forma diminuta que sequer afeta o bem jurídico penalmente tutelado e abstratamente considerado, apresentando uma ofensividade reduzidíssima, carecendo a conduta de tipicidade material.

**31.** A insignificância relativa apenas exclui a culpabilidade do agente no caso de ser a lesão de reduzida monta, sendo apenas relativamente insignificante porque se considera o resultado causado em relação a um determinado bem jurídico concretamente considerado, e desde que seja reduzidíssima a reprovabilidade do agente, devendo o fato ser considerado axiologicamente irrelevante, não havendo necessidade ou merecimento de pena.

**32.** Necessidade de pena é tema afeto à finalidade preventiva da pena, e está presente quando a sua aplicação é impositiva para prevenir novas condutas, seja reafirmado a validade da norma (prevenção geral positiva), seja para impedir que o próprio sujeito venha a reincidir (prevenção especial).

**33.** Merecimento de pena é tema afeto à função retributiva da pena, entendida como limite da pena, que deve ser proporcional ao mal causado pelo crime.

**34.** Para a análise da insignificância relativa, a individualização do bem jurídico deve tomar por base todas as condições deste bem jurídico, de acordo com as características próprias de cada bem jurídico.

**35.** A divisão da insignificância em absoluta e relativa não deve ser confundida com os conceitos de delito bagatelar próprio e impróprio, que se referem à gravidade do tipo penal, sendo o delito bagatelar impróprio a tipificação de uma conduta abstratamente grave, embora cause concretamente um resultado mínimo; e o delito bagatelar próprio a tipificação de uma conduta abstratamente leve e que gera um resultado insignificante. Já os princípios da insignificância absoluta e relativa podem ser aplicados a condutas que formalmente se subsumem a tipos penais de maior ou menor gravidade, dependendo da intensidade da lesão causada ao bem jurídico tutelado.

**36.** O afastamento da incidência penal nos delitos tributários inferiores a determinado valor (R$ 10.000,00) não decorre da aplicação do princípio da insignificância, apesar de ser esta a justificativa apresentada pela jurisprudência, mas do princípio da *ultima ratio* do ordenamento penal em conjunto com o princípio da oportunidade aplicados à execução fiscal.

**37.** Os vetores de aplicação do princípio da insignificância (a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada), estabelecidos pelo acórdão proferido no HC 84.412-0/SP, do Supremo Tribunal Federal reforçam a divisão conceitual da insignificância em absoluta e relativa.

**38.** Sendo mínima a ofensividade da conduta em relação ao bem jurídico tutelado e abstratamente considerado, esta conduta não será materialmente típica, tratando-se de caso de insignificância absoluta, independentemente da análise dos demais vetores, que só se aplicam à insignificância relativa.

**39.** O vetor "nenhuma periculosidade social da ação" funciona como válvula de escape para excluir a aplicação do princípio da insignificância relativa quanto a condutas consideradas socialmente perigosas, que colocariam em risco a integridade da própria sociedade.

**40**. O "reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento" indica a necessidade de apreciação da culpabilidade do agente para se averiguar a aplicabilidade do princípio da insignificância relativa, analisando-se a necessidade de se impor uma pena em razão da conduta (devido à sua reprovabilidade).

**41.** A "inexpressividade da lesão jurídica provocada" trata da lesividade da conduta, tomando-se em conta não o bem jurídico abstratamente considerado, mas o objeto individualmente tomado e que sofreu a conduta delituosa praticada.

**42.** A característica da supraindividualidade do bem jurídico difuso, além de não afastar a aplicabilidade do princípio da insignificância, reforça a possibilidade de sua aplicação.

**43.** As lesões ao bem jurídico difuso atingem apenas indiretamente o indivíduo, ainda que socialmente tomado, e se o reflexo da lesão ao bem jurídico difuso atingir o indivíduo (de hoje ou do futuro) de forma muito reduzida, deve ser ela considerada insignificante.

**44.** Em razão de serem necessários a todos os indivíduos, socialmente tomados, não sendo titularizados por ninguém, não havendo distributividade nem sendo eles consumíveis, os bens jurídicos difusos distanciam-se do ser humano, de modo que

lesões a essa espécie de bem jurídico serão sempre reduzidas em relação ao indivíduo, podendo chegar ao ponto de serem consideradas insignificantes, eis que o indivíduo é a razão de ser do próprio ordenamento penal, tomando-se o conceito pessoal de bem jurídico.

**45.** A conduta que se subsume a um crime de perigo abstrato será absolutamente insignificante quando o próprio risco gerado for de tal forma diminuto que se torne praticamente impossível a hipótese de concretização deste risco e de consequente lesão ao bem jurídico ou quando o risco não é insignificante, mas a lesão que poderia dele resultar for absolutamente insignificante.

**46.** A conduta que se subsume a um crime de perigo abstrato será relativamente insignificante quando o risco for pequeno (mas não absolutamente insignificante) e a lesão que poderia ter ocorrido em razão deste risco também for pequena ("inexpressividade da lesão jurídica provocada"), individualizando-se o bem jurídico de forma hipotética, supondo-se qual bem jurídico poderia ser efetivamente colocado em risco e em que hipótese.

**47.** Nos crimes cumulativos, a conduta do agente será absolutamente insignificante, apesar de já ocorrer reiteradamente, lesionando ou colocando em risco efetivo o bem jurídico tutelado, se a sua reiteração nos exatos moldes e intensidade não vier a causar uma lesão significativa ao bem jurídico, desconsiderando-se para essa finalidade as demais condutas que já vem sendo praticadas.

**48.** Nos crimes cumulativos, a conduta do agente será relativamente insignificante quando, tomando-se o bem jurídico individualizado, causar uma lesão muito pequena ante as lesões que o bem já vem sofrendo ou caso o bem seja capaz de regeneração em velocidade superior à frequência da conduta lesiva, fazendo com que a lesão seja inexpressiva.

## 8. BIBLIOGRAFIA

ABRAÃO, Eduardo Pião Ortiz. *Bem jurídico penal e Estado Democrático de Direito: uma visão do direito penal como instrumento de concretização da justiça social*, in Revista USCS Direito, nº16, janeiro-junho/2009, p. 19/31.

ACKEL FILHO, Diomar. *O princípio da insignificância no direito penal,* in Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, v. 94, abril-junho/1988, p. 72/77.

ALMEIDA, Bruno Rotta. *Tutela penal de valores supraindividuais? Reflexões a partir da importância da teoria do bem jurídico para a ciência penal*, in Revista Bonijuris, nº 553, dezembro/2009, p. 16-19.

ALMEIDA, Dalva Rodrigues Bezerra de. *Princípio da insignificância e Juizados Especiais Criminais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

AMELUNG, Knut. *El concepto "bien jurídico" en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos*. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 227/264.

AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *O uso indevido do princípio da insignificância*, in Repertório de Jurisprudência IOB, nº 4/2007, p. 118/120.

_____. *Seletividade da norma penal*, in Repertório de Jurisprudência IOB, nº 13/2007, p. 397/399.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Merecimiento de pena y necesidad de tutela penal como referencias de una doctrina teleológico-racional del delito*, in SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva (ed.). *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1995, p. 153/180.

ANGIONI, Francesco. *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1983.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, in Coleção Os Pensadores, vol. IV. Rio de Janeiro: Editora Abril Cultural, 1973.

ARRUDA, Élcio. *Insignificância: um princípio nada insignificante*, in Boletim IBCCrim, n. 202, setembro/2009, p. 12/14.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* São Paulo: Malheiros, 2009, 9ª ed.

AZEVEDO, David Teixeira de. *A culpabilidade e o conceito tripartido de crime*, in Revista Brasileira de Ciência Criminais, n. 2, janeiro-março/1993. p. 46-55.

_____. *Dosimetria da pena: causas de aumento e diminuição*. São Paulo: Malheiros, 1998.

BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico*, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 05, janeiro-março/1994, p. 5-24.

BARBOSA JUNIOR, Salvador José; FRANZOI, Sandro Marcelo Paris; MORGADO; Nara Cibele Neves. *Breves anotações ao princípio da insignificância*, in Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, nº 41, dezembro-janeiro/2007, p. 28/41.

BECCARIA. *Dos delitos e das penas.* Tradução: Deocleciano Torrieri Guimarães. São Paulo: Rideel, 2003.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Delitos de acumulação e racionalidade da intervenção penal*, in Boletim do IBCCrim, março/2010, p. 3/5.

_____. *Delitos sem bens jurídicos*, in Boletim do IBCCrim, nº 181, dezembro/2007, p. 4/5.

_____. *O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual*, in Revista Liberdades, n. 1, maio-agosto/2009, p. 16/29.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____; GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito penal – introdução e princípios fundamentais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, 2ª ed.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral, volume 1*. São Paulo: Saraiva, 2006, 10ª ed.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco*, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 61, julho-agosto/2006, p. 44/121.

BUGALHO, Nelson R. *Contornos do bem jurídico-penal ambiente*, in Revista do Advogado, nº 102, março/2009, p. 87/94.

CALHAU, Lélio Braga. *Meio ambiente e tutela penal nos maus-tratos contra animais.* In: FÖPPEL EL HIRECHE, Gamil(coord.). *Novos desafios do direito penal no terceiro milênio: estudos em homenagem ao Prof. Fernando Santana*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2008, p.577-591.

CALLEGARI, André Luis. *O critério da bagatela para o crime de descaminho e o princípio da insignificância,* in Boletim do IBCCrim, julho/1997, p. 9.

CAPELARI JUNIOR, Osvaldo. *Meio ambiente, descabimento de aplicação do princípio da insignificância*, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 56, setembro-outubro/2005, p. 383/393.

CARDOSO, Danielle Martins; CONCEIÇÃO, Alexandre da. *Roubo e insignificância penal*. In: TOLEDO, Armando(coord.). *Direito penal – reinterpretação à luz da Constituição: questões polêmicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 169/188.

CARNEIRO, Hélio Márcio Lopes. *O verdadeiro princípio da insignificância*, in Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, setembro/2009, p. 33/40.

CARVALHO, Gisele Mendes de; CARVALHO, Érika Mendes de. *A Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005) e os novos crimes contra o patrimônio genético humano*. In: PRADO, Luiz Regis (ed.). *Direito penal contemporâneo – estudos em homenagem a José Cerezo Mir.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 292/308.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *O princípio bagatelar próprio e impróprio: conceito, classificação e aplicação*, in Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, nº 26, junho-julho/2004, p. 72/83

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antonio. *Teoria constitucional do direito penal: contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

CINTRA, Adjair de Andrade. *Prescrição penal e finalidades da pena*. Dissertação de mestrado apresentada no curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007.

COELHO, Edihermes Marques. *O conceito de crime e a aplicação do princípio da insignificância*, in Cadernos de Estudos Jurídicos Contemporâneos, nº 1, agosto/2001, p. 60/68.

COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico-penal.* Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2003.

CORNEJO, Abel. *Teoría de la insignificancia*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana: teorias da prevenção geral positiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de direito penal.* São Paulo: Saraiva, 2009, 10ª ed.

CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. *A importância da tutela penal do meio ambiente*, in Revista de Direito Ambienta, nº 31, julho-setembro/2003, p. 58/99.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Breves notas sobre o direito penal ambiental*, in Boletim do IBCCrim, setembro/2010, p. 15/16.

_____. *Direito penal e direito sancionador. Sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença*, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 60, maio-junho/2006, p. 9/35.

_____. *O ilícito penal nos crimes ambientais. Algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental*, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 67, julho-agosto/2007, p. 29/58.

_____. *O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. Elementos para a legitimação do direito penal secundário.* In: D'ÁVILA, Fábio Roberto ; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de Souza (ed.) *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 71/96.

DALBORA, José Luis Guzmán. *La Insignificancia:especificación y reducción valorativas en el ámbito de lo injusto típico*, in Revista Brasileira de Ciência Criminais, ano 4, n. 14, abril-junho/1996, p. 41-82.

DEU, Teresa Armenta. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*. Barcelona: PPU, 1991.

DIAS, Augusto Silva. *"What if everybody did it?": sobre a "(in)capacidade de ressonância do direito penal à figura da acumulação*, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, nº3, julho-setembro/2003, p. 303/345.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal – parte geral.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português.* In: D'ÁVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de Souza (ed.) *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 13/69.

_____. *Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente – um quarto de século depois.* In: DIAS, Jorge de Figueiredo et al. (ed.). *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues, vol. 1*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 371/392.

DINIZ, Eduardo Saad. *Uma posição sobre os tipos penais cumulativos*, in Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, nº 34, p. 57/64.

DOBÓN, Maria Carmen Alastuey. *Consideraciones sobre el objeto de protección en el derecho penal del medio ambiente*. In: PRADO, Luiz Regis (ed.). *Direito penal contemporâneo – estudos em homenagem a José Cerezo Mir*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 209/227.

DOTTI, René Ariel. *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, 2ª ed.

FERRARI, Eduardo Reale. *Direito penal do consumidor e a tutela de bens jurídicos supraindividuais: uma análise constitucional*. In: PRADO, Luiz Regis (ed.). *Direito penal contemporâneo – estudos em homenagem a José Cerezo Mir*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 274/291.

_____. *Crimes ambientais: a nova Lei Ambiental e suas inconsistências*, in Revista do Ilanud, São Paulo, n. 12, p. 93-97, 1998.

_____. *A fauna e sua proteção penal,* in Revista da Academia Paulista de Magistrados, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 39-46, 2001.

FERREIRA, Ivete Senise. *A tutela penal do patrimônio cultural*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. *Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade*. São Paulo: IBCCRIM, 2008.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Direito penal do consumidor.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *O direito penal militar e a utilização do princípio da insignificância pelo Ministério Público,* in Revista da ESMAPE, ano 1, n. 1, novembro/1996.

FREITAS, Vladimir Passos de. *A contribuição da lei dos crimes ambientais na defesa do meio ambiente*, in Revista Centro de Estudos Judiciários, v. 33, abril-junho/2006, p. 5/15.

_____; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, 8ª ed.

FRISCH, Wolfgang. *Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en le contexto de la legitimación de la pena estatal*. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 309/339.

FULLER, Paulo Henrique Aranda. *Critérios para a aferição da insignificância em crimes contra a ordem tributária*, in Boletim do IBCCrim, nº 184, março/2009, p. 15/17.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal.* São Paulo: Saraiva, 2008, 7ª ed.

GARCETE, Carlos Alberto. *O princípio da insignificância,* in Revista dos Tribunais, ano 90, volume 789, julho/2001, p. 482/487.

GENTILE, Larissa Dantas; DUARTE, Marise Costa de Souza. *Algumas observações sobre a tutela jurídica do meio ambiente a partir do estatuto ambiental e a questão da aplicação do princípio da insignificância nos crimes ambientais*, in Revista de Direito Ambiental, v.53, janeiro-março/2009, p. 165/186.

_____; _____. *O princípio da insignificância nos crimes ambientais*, in Revista Brasileira de Direito Ambiental, v.03, julho-setembro/2005, p. 297/307.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito penal – introdução e princípios fundamentais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, 2ª ed.

_____. *Norma e bem jurídico no direito penal.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Princípio da ofensividade no direito penal.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Tendências político-criminais quanto à criminalidade de bagatela,* in Revista Brasileira de Ciências Criminais, número especial de lançamento, 1992, p. 88/109.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

GOMES FILHO, Demerval Farias. *O STF e a interpretação neokantista do direito penal*, in Boletim IBCCrim, nº 196, março/2009, p. 16/17.

GRECO, Luís. *Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no Direito Penal*, in Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso, nº 3, julho-setembro/2007, p. 249/276.

_____. *Introdução à dogmática funcionalista do delito: em comemoração aos trinta anos de "Política criminal e sistema jurídico penal" de Roxin*, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 32, outubro-dezembro/2000, p.120/163.

_____. *Um panorama da teoria da imputação objetiva.* Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007.

_____. *"Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito*, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 49, julho-agosto/2004, p. 89/147.

_____. *Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais*, in Revista Liberdades, nº 3, janeiro-abril/2010, p. 47/59.

_____. *A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa*, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 58, janeiro-fevereiro/2006, p. 152/194.

_____. *Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch)*, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 49, janeiro-fevereiro/2010, p. 165/185.

GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em direito penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

HAMMERSCHMIDT, Denise. *Proteção jurídico-penal da biossegurança: algumas reflexões*. In: PRADO, Luiz Regis (ed.). *Direito penal contemporâneo – estudos em homenagem a José Cerezo Mir.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 342/349.

HASSEMER, Winfried. *La autocomprensión de la ciencia del derecho penal frente a las exigencias de su tempo*. In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT,

Björn (ed.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 21/52.

_____. *Bienes jurídicos en el derecho penal*, in BAIGÚN, David et al (ed.). *Estudios sobre la Justicia Penal: homenaje al Prof. Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005, p. 63/74.

_____. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*, in *Pena y Estado*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995, p. 23/36.

_____. *Fundamentos del derecho penal*. Tradução: Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: BOSCH Casa Editorial SA, 1984.

_____. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Tradução: Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

_____. *Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico*, in Doctrina Penal, ano 12, n. 45 a 48, p. 275/285.

_____. *A preservação do ambiente através do direito penal*, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 22, abril-junho/1998, p. 27/35.

_____. *¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?*. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 95/104.

HEFENDEHL, Roland. *El bien jurídico como eje material de la norma penal*. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 179/196.

_____. *Las jornadas desde la perspectiva de un partidario del bien jurídico*. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 409/414.

_____. *De largo aliento: el concepto de bien jurídico*. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 459/475.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Pincípios da filosofia do direito.* Tradução: Norberto de Paula Lima, adaptação e notas: Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1997.

HIRSCH, Andrew von. *El concepto de bien jurídico y el "principio del daño"*. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 37/52.

_____; WOHLERS, Wolfgang. *Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa*. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 285/308.

HIRSCH, Hans Joachim. *Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico*. In: *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001, p. 371/387.

_____. *El tratamento de la criminalidad de bagatela em la República Federal Alemana: con especial atención a la posición del Ministerio Fiscal*, in Derecho Penal: obras completas: libro homenaje. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2000, tomo II, p. 245/286.

HOYOS, Gustavo Balmaceda. *Consideraciones críticas sobre el derecho penal moderno y su legitimidad*, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 65, março-abril/2007, p. 52/76

ISAACSSON, Gisela Brum. *Crimes contra a administração pública: um estudo sobre a possibilidade da não propositura da ação penal face ao princípio da insignificância*, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 74, setembro-outubro/2008, p. 299/338.

ISOLABELLA, Luigi. *Criminalità bagatellare minorile e irrelevanza del fatto*, in L'Indice Penale, Ano 29, nº 2, maio-agosto/1995, p. 370/398.

JAKOBS, Günher. *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, in _____. *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas/UAM, 1997.

_____. *Fundamentos do direito penal.* Tradução: André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

KAHLO, Michael. *Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en derecho penal*. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 53/68.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes.* Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2000.

_____. *A metafísica dos costumes.* Tradução, textos adicionais e notas: Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito.* Tradução: tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, 2ª ed.

KIST, Dario José. *Bem jurídico-penal: evolução histórica, conceituação e funções*, in Revista Direito e Democracia, v.4, n.1, 1º sem/2003, p. 145/179.

LAGODNY, Otto. *El derecho penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional*. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 129/136.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2008, 12ª ed.

LISZT, Franz von. *A idéia do fim no direito penal.* São Paulo: Rideel, 2005.

_____. *Tratado de derecho penal*. Florida: Valletta Ediciones, 2007.

LOBATO, José Danilo Tavares. *O meio ambiente como bem jurídico e as dificuldades de sua tutela pelo direito penal*, in Revista Liberdades, n. 5, setembro-dezembro/2010, p. 54/84.

LOUVEIRA, Leopoldo Stefano Leone, DALL'ACQUA, Rodrigo. *Atentado violento ao pudor - aplicação do princípio da insignificância*. Boletim do IBCCRIM, n.128, julho/2003, p. 713/715.

LUISI, Luiz. *O princípio da insignificância e o Pretório Excelso*, in Boletim do IBCCrim, fevereiro/1998, p. 227.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula; GIACOMO, Roberta Catarina. *Novas teses dogmáticas jurídico-penais para a proteção do bem jurídico ecológico na sociedade do risco*, in Revista Liberdades, nº 2, setembro-dezembro/2009, p. 39/55.

_____. *A (re)normativização do direito penal frente aos direitos difusos.* In: FÖPPEL EL HIRECHE, Gamil(coord.). *Novos desafios do direito penal no terceiro milênio: estudos em homenagem ao Prof. Fernando Santana*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2008, p.451-469.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2007, 28ª ed.

MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. *Considerações sobre a criminalização no estado prévio à lesão do bem jurídico, a partir de Jakobs*, in Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel, nº17, julho-agosto-setembro/2001, p. 14/15.

_____. *O princípio da insignificância e o crime continuado, sob uma angulação processual*, in Boletim IBCCrim, nº 182, janeiro/2008, p. 14/15.

MALAREE, Hernan Hormazabal. *Bien juridico y estado social y democratico de derecho : el objeto protegido por la norma penal*. Santiago: ConoSur, 1992, 2ª ed.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, 6ª ed.

MAÑAS, Carlos Vico. *Princípio da insignificância: excludente da tipicidade ou da ilicitude*, in *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Tipicidade e princípio da insignificância.* Dissertação de Mestrado apresentada no curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1993.

MANES, Vittorio. *Bien jurídico y delitos contra la administración publica*, in Cuadernos de Política Criminal, nº 70, 2000, p. 125/140.

MARCÃO, Renato. *Crimes ambientais: a incidência do princípio da insignificância*, in Boletim IBCCrim, nº 215, outubro/2010, p. 15/16.

_____. *Crimes ambientais: a incidência do princípio da insignificância*, in Revista Bonjuris, nº 553, dezembro/2009, p. 56/57.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. São Paulo: Saraiva, 2003, 16ª ed.

MENDES, Carlos Alberto Pires. *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade em casos de ínfima quantidade de droga apreendida (Art. 16 da Lei nº 6.368/76),* in Boletim do IBCCrim, dezembro/1998, p. 307/308.

MILARÉ, Édis. *A nova tutela penal do ambiente*, in Revista de Direito Ambiental, v. 16, outubro-dezembro/1999, p. 90/134.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Saraiva, 1996, 4ª ed.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *O Supremo Tribunal Federal e a aplicação do princípio da insignificância*, in Repertório de Jurisprudência IOB, nº 11/2009, p. 397.

MOTTA, Ivan Martins. *Erro de proibição e bem jurídico-penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MÜSSIG, Bernd. *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal: sobre las perspectivas y los fundamentos de uma teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema*, in Revista de Derecho Penal y Criminologia, n. 9, 2002, p. 169/208.

NAVARRETE, Miguel Polaino. *El bien jurídico en el derecho penal.* Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974.

NAVARRO, Jesús Pórfilo Trillo. *Criminalidad de bagatela: descriminalización garantista*, in La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitencario, nº 51, julho-agosto/2008, p. 17/45.

NIÑO, Luis Fernando. *Acerca del bien jurídico y del principio de lesividad*, in *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal, vol. I.* São Paulo: Saraiva, 1995, 31ª ed, atualizada por Adalberto José Q.T. de Camargo Aranha.

OLIVEIRA JUNIOR, Gonçalo Farias de; TICIANELLI, Marcos Daniel Veltrini. *Crimes contra a Administração Pública ambiental: alguns apontamentos sobre o bem jurídico tutelado e a estrutura da tipologia*. In: PRADO, Luiz Regis (ed.). *Direito penal contemporâneo – estudos em homenagem a José Cerezo Mir*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 350/357.

OLIVEIRA, Maria Helena de Castro. *O princípio da insignificância e suas repercussões,* in Revista da ESMAPE, volume 4, n. 10, julho-dezembro/1999.

PEÑA, Diego-Manuel Luzón. *La relación del merecimento de pena y de la necesidad de pena com la estructura del delito*, in SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva (ed.). *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1995, p. 115/127.

PEREIRA, Maria Margarida Silva. *Bens jurídicos colectivos e bens jurídicos políticos*, in ANDRADE, Manuel da Costa et. al. (ed.). *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 293/316.

PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido (na teoria do delito)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, 2ª ed.

PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo.* Tese de Doutorado apresentada no curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2002.

PELUZO, Vinícius de Toledo Piza. *A objetividade do princípio da insignificância*, in Boletim do IBCCrim, nº 109, dezembro/2001, p 11/13.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, 4ª ed.

_____. *Curso de direito penal brasileiro – vol. 1: parte geral; arts. 1º a 120*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, 7ª ed.

_____. *Direito penal do ambiente.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas; SILVA, Laís Oliveira Bastos. *Princípio da insignificância: aplicação pelos tribunais brasileiros nos crimes de furto*, in Revista Ciência Jurídica ad Litteras et Verba, vol, 135, maio-junho/2007, p. 217/247.

PUIG, Santiago Mir. *Direito penal – fundamentos e teoria do delito.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PRESTES, Cássio Vinicius D. C. V. Lazzari. *O princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade no direito penal.* São Paulo: Memória Jurídica, 2003.

RABELO, Galvão. *Ainda sobre a Lei n. 12.015/2009: e o bem jurídico*, in Boletim IBCCrim, nº 215, outubro/2010, p. 16/17.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Ilícito administrativo e o* jus puniendi *geral*. In: PRADO, Luiz Regis (ed.). *Direito penal contemporâneo – estudos em homenagem a José Cerezo Mir.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 93/100.

_____. *Instituições de direito penal: Parte Geral.* Rio de Janeiro: Forense, 2009, 3ª ed.

_____. *Teoria do delito.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

REBELO, José Henrique Guaracy. *Breves considerações sobre o princípio da insgnificância*, in Revista CEJ, nº 10, abril/2000, p. 61/67.

REIS, André Wagner Melgaço. *A aplicação do direito da insignificância no crime de descaminho à luz da jurisprudência do STJ e do STF*, in Del Rey Jurídica, n.18, agosto-dezembro/2007, p. 46/48.

ROMANO, Mario. *"Merecimiento de pena", "necesidad de pena" y teoria del delito*, in SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva (ed.). *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1995, p. 139/152.

ROXIN, Claus. *La ciencia del derecho penal ante las tareas del futuro*. In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn (ed.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 389/421.

_____. *Derecho penal: parte general, tomo I.* Tradução: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

_____. *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?*. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 443/458.

_____. *Estudos de direito penal.* Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, 3ª ed.

_____. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Tradução: Francisco Muñoz Conde. Barcelona, Bosch, 1972.

_____. *Problemas fundamentais de direito penal.* Tradução: Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Maria Fernanda Palma, Ana Isabel de Figueiredo. Lisboa: Vegas, 1998, 3ª ed.

_____. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Reflexões sobre a construção sistemática do direito penal*, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 82, janeiro-fevereiro/2010, p. 24/47.

SALES, Sheila Jorge Selim de. *Princípio da efetividade no direito penal e a importância de um conceito garantista do bem jurídico-penal*, in Revista dos Tribunais, volume 848, junho/2006.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral*. Tese de doutoramento apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión*, in Estúdios Penales y Crininológicos, v. 25, 2005, p. 333/360.

_____. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales.* Madrid: Civitas, 2001, 2ª ed.

SANGUINÉ, Odone. *Observações sobre o princípio da insignificância,* in Fascículos de Ciências Penais, ano 3, v. 3, n. 1, janeiro-março /1990, p. 36/50.

SANTOS, Nivaldo dos; MELO, Lidiany Mendes Campos de. *Teoria constitucional: em busca da definição do bem jurídico-penal no estado contemporâneo*, in Revista Brasileira de Direito Constitucional, nº 7, janeiro/junho-2006, p. 238/251.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, 6ª ed.

SCHMIDT, Andrei Zekner. *Considerações sobre um modelo teleológico-garantista a partir do viés funcional-normativista.* In: FÖPPEL EL HIRECHE, Gamil(coord.). *Novos desafios do direito penal no terceiro milênio: estudos em homenagem ao Prof. Fernando Santana*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2008, p. 287-320.

SCHULENBURG, Johanna. *Relaciones dogmáticas entre bien jurídico, estructura del delito e imputación objetiva*. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 349/362.

SCHÜNEMANN, Bernard. *El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales y de su interpretación*. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 197/226.

SEHER, Gerhard. *La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico*. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 69/92.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância e os crimes ambientais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

_____. *Princípio da insignificância e os crimes ambientais*. In: FÖPPEL EL HIRECHE, Gamil (coord.). *Novos desafios do Direito penal no terceiro milênio: estudos em homenagem ao Prof. Fernando Santana*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2008, p. 539/552.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, 28ª ed.

SILVA, Luciana Caetano da; BARRETA, Gilciane Allen. *Algumas considerações sobre a crueldade contra os animais na Lei 9.605/98*. In: PRADO, Luiz Regis (ed.). *Direito*

*penal contemporâneo – estudos em homenagem a José Cerezo Mir*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 320/327.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *A construção do bem jurídico espiritualizado e suas críticas fundamentais*, in Boletim IBCCRIM, nº 122, janeiro/2003, p. 14/15.

_____. *Direito penal supra-individual.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Linhas reitoras da adequação social em direito penal*, Tese de Titularidade apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

SIQUEIRA, Geraldo Batista de; SIQUEIRA, Marina da Silva; SOUZA, Carlos Eduardo Freitas de; BARBACENA JUNIOR, Henrique; ALMEIDA, Jonathan Henrique Rios de. *Ação penal. Inépcia material, rejeição. Princípio da insignificância ou de bagatela*, in Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, nº 58, outubro-novembro/2009, p. 61/74.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORREA JR., Alceu. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *O conceito de bem jurídico penal difuso*, in Doutrina ADCOAS, nº20, 2ª quinzena/ outubro-2004, p. 393/394.

_____. *Tutela criminal difusa.* São Paulo: Atlas, 2000.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *O princípio da insignificância no direito penal brasileiro*, in Revista Jurídica do Supremo Tribunal Federal, nº 143, setembro/1989, p. 32/35.

SOUZA, Fernando Antonio C. Alves de. *Princípio da insignificância: os vetores (critérios) estabelecidos pelo STF para a aplicação na visão de Claus Roxin*, in Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, nº 31, p. 23/27.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *O meio ambiente (natural) como sujeito passivo dos crimes ambientais.* In: D'ÁVILA, Fábio Roberto ; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de Souza (ed.) *Direito*

*penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 245/280.

STERNBERG-LIEBEN, Detlev. *Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal*. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 105/127.

STOCO, Rui. *Princípio da insignificância nos crimes contra a ordem tributária*, in *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

STRATENWERTH, Günther. *La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos*. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 365/372.

_____. *Disvalor de acción y disvalor de resultado em el derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2006, 2ª ed.

STRECK, Lenio Luiz. *Constituição, bem jurídico e controle social: a criminalização da pobreza ou de como "la ley es como la serpiente; solo pica a los descalzos"*, in Revista de Estudos Criminais, n.31, out-dez/2008, p. 65/96.

TAGLIALENHA, Junior A. *O princípio da insignificância e os crimes contra a ictofauna*, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 57, novembro-dezembro/2005, p. 72/105.

TAVARES, Juarez. *Bem jurídico e função em direito penal*, in Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal, nº 46, outubro-novembro/2007, p. 104/108.

_____. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

_____. *Teorias do delito: variações e tendencias.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, 5ª ed.

TRENTO, Simone. *Os delitos de perigo abstrato e sua compatibilidade com o direito penal contemporâneo*. Monografia de conclusão de curso apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2003.

TUTIKIAN, Cristiano. *Prevenção geral positiva e proteção de bens jurídicos: possibilidades e contradições no Estado Democrático de Direito*, in Revista de Informação Legislativa, nº 177, janeiro/março-2008, p. 243/255.

VASQUES, Manuel A. Albano. *Acerca de la teoría de bienes jurídicos*, in Revista Penal, n.18, p. 3/44.

VEGA, Dulce Maria Santana. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2000.

VITOR, Enrique Ulises García. *La insignificancia en el derecho penal: los delitos de bagatela: dogmática, política criminal y regulación procesal del principio.* Buenos Aires: Hammurabi, 2000.

WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman: parte general*. Tradução: Juan Bustos Ramires e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1997, 11ª ed.

WITTIG, Petra. *Teoría del bien jurídico. Harm principle y delimitación de ámbitos de responsabilidad*. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 227/264.

WOHLERS, Wolfgang; HIRSCH, Andrew von. *Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico*. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 403/408.

_____. *Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa*. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 285/308.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, 7ª ed.

# 9. ANEXOS

## 9.1. *HC 66.869-1/PR*

187

Supremo Tribunal Federal
SERVIÇO DE JURISRPUDÊNCIA
D.J. 28.04.89
EMENTÁRIO Nº 1539 - 2

6.12.88 SEGUNDA TURMA

01539020
04190660
08891000
00000120

RECURSO DE "HABEAS CORPUS" Nº 66.869-1 - PARANÁ

RECORRENTE: VERA MARIA NUNES DEUTSCHER
RECORRIDO : TRIBUNAL DE ALÇADA DO ESTADO DO PARANÁ

EMENTA: Acidente de trânsito. Lesão corporal. Inexpressividade da lesão. Princípio da insignificância. Crime não configurado.

Se a lesão corporal (pequena equimose) decorrente de acidente de trânsito é de absoluta insignificância, como resulta dos elementos dos autos - e outra prova não seria possível fazer-se tempos depois - há de impedir-se que se instaure ação penal que a nada chegaria, inutilmente sobrecarregando-se as Varas Criminais, geralmente tão oneradas.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por sua Segunda Turma, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso.

Brasília, 06 de dezembro de 1988.

DJACI FALCÃO - PRESIDENTE
(Art. 94, parágrafo único do RI/STF)

ALDIR PASSARINHO - RELATOR

DC/

Supremo Tribunal Federal

6.12.88 SEGUNDA TURMA

188

RECURSO DE "HABEAS CORPUS" Nº 66.869-1 - PARANÁ

RELATOR: O SENHOR MINISTRO ALDIR PASSARINHO
RECORRENTE: VERA MARIA NUNES DEUTSCHER
RECORRIDO : TRIBUNAL DE ALÇADA DO ESTADO DO PARANÁ

01538020
04190660
08682000
00000260

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO ALDIR PASSARINHO (RELATOR): O Dr.Walter Borges Carneiro impetrou "habeas corpus" em favor de Vera Maria Nunes Deutscher, objetivando o trancamento da ação penal,à alegação de que estaria a paciente sofrendo constrangimento ilegal, pela ausência de justa causa para a persecução penal,eis que insignificante a levíssima lesão retratada no laudo pericial.

O C. Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, por maioria de votos, denegou a ordem postulada, pelas razões seguintes:

"A fundamentação da ordem, impetrada pelo ilustre advogado Dr. Walter Borges Carneiro, é falta de justa causa para a persecução penal, sob a alegação de que a lesão apresentada pela ofendida é de diminuta proporção, escapando,assim, ao interesse punitivo do Estado, pois a equimose de três centímetros de diâmetro causada em Natalia S. Giraldi, decorrente de acidente automobilístico, está à margem do Direito Penal, em face do princípio da insignificância, por não haver a lesão produzido dano estético ou fisiológico.

Não vejo como prosperar a impetração, ante a descrição do fato noticiado na denúncia (fls.13), o qual constitui crime em tese.

O fato da ofendida haver se submetido a exame de lesões corporais, três dias após o evento, não autoriza o trancamento da ação penal, pela s-

legada ausência de causa justa, quando resultou do exame técnico realizado (fls. 23), lesões na vítima da ação penal movida contra a paciente na 1ª Vara de Delitos de Trânsito desta Capital.

A equimose constatada no laudo de exame de lesões corporais, demonstra inequivocamente o resultado de uma infração penal, e o indiciamento da paciente com relação a ela, portanto, o oferecimento da peça exordial acusatória, com o seu conseqüente recebimento, não caracteriza constrangimento ilegal por ato do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara de Delitos de Trânsito.

A tese do digno impetrante quanto ao princípio da insignificância, para ver trancada a ação penal promovida contra a paciente, não pode igualmente prosperar, diante a clareza do contexto da denúncia (fls. 13), na qual percebe-se a ocorrência de crime, e assim sendo, merece ser apurado na esfera judicial, fugindo tal princípio, do âmbito restrito do "habeas corpus".

Ademais, é de se levar em consideração, que mesmo tido como levíssima a lesão sofrida pela vítima, conforme se vê da alegação contida no pedido inicial, entende-se, que estando a conduta da paciente prevista no tipo legal, por preencher os requisitos necessários a demonstrar uma infração penal culposa, é inadmissível o trancamento da ação penal através do "writ", quando, na verdade, o próprio princípio da insignificância, deverá resultar comprovado no sumário de culpa, a fim de ser beneficiada a indiciada da imputação lhe atribuída.

O princípio da insignificância deverá ser matéria de defesa no procedimento criminal e não pela via eleita, ante a necessidade de prova clara e insofismável, de que a ação culposa, resultou em lesão insignificante por não haver comprometido a integridade física da vítima.

Não resultou evidenciado no feito, através das provas trazidas, de que a imputação contida na denúncia é carente de justa causa, a autorizar a concessão da ordem impetrada." (fls.58/60)

No seu recurso, insiste a recorrente no trancamento da ação penal, pela inexistência de justa causa para a ação penal, uma vez que a pequena lesão encontrada pela perícia não constitui infração penal.

Subindo os autos a esta Corte, veio a manifestar-se a douta Procuradoria Geral da República pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

******

DC/

V O T O

O SENHOR MINISTRO ALDIR PASSARINHO (RELATOR): O v. acórdão assim justificou a denegação do "writ" pelas razões transcritas no Relatório, e a douta Procuradoria-Geral da República concluiu no sentido da confirmação do acórdão, pelas razões que assim finalizam:

01539020
04190860
08693000
01380330

"17. Embora reconhecendo que aplicável no direito penal o princípio da insignificância, que poderia ter sua aplicação estendida ao caso se a lesão descrita fosse mero eritema, é de se ponderar que o laudo pericial descreve uma equimose, em que pese seja de porte pequeno, e de nenhuma consequência funcional, esta se enquadra entre àquelas lesões que se ocorrentes realizam integralmente o tipo.

18. Desta forma, realizado o tipo penal, é de se opinar pelo improvimento do apelo."

No caso, tenho, apesar das judiciosas considerações do acórdão e do parecer da douta Procuradoria-Geral da República, que não deve prosseguir a ação penal. Apesar de o acidente - é o que os autos revelam - se ter dado por culpa da paciente, o que é legalmente punível é a lesão corporal, no âmbito penal.

O voto vencido, que concedia o "habeas corpus", justificou tal orientação sob os seguintes argumentos:

"Portanto, a simples "equimose", retratada no laudo médico referido, não pode, de maneira alguma, caracterizar a infração penal prevista no art. 129 do nosso estatuto punitivo, já citado,

por constituir apenas uma mancha escura, que aos poucos desaparece, e que é decorrente de hemorragia, sob a pele e as mucosas, e na superfície dos órgãos internos, sem qualquer comprometimento à normalidade funcional do corpo humano, quer do ponto de vista anatômico, quer fisiológico e mental.

Assim, por verificar no acontecimento noticiado no "writ" apenas uma insignificante constatação médica, sem qualquer repercussão na esfera penal, votei pela concessão do "habeas corpus", a fim de ser trancada a ação penal intentada contra a paciente." (fls. 62)

A dificuldade que poderia haver sobre admitir-se ou não o princípio da insignificância da lesão para justificar-se o trancamento da ação penal é, a meu ver, afastada pelo próprio acórdão que induvidosamente o acolhe, ao dizer:

"O princípio da insignificância deverá ser matéria de defesa no procedimento criminal e não pela via eleita, ante a necessidade de prova clara e insofismável, de que a ação culposa, resultou em lesão insignificante por não haver comprometido a integridade física da vítima.

Não resultou evidenciado no feito, através das provas trazidas, de que a imputação contida na denúncia é carente de justa causa, a autorizar a concessão da ordem impetrada." (f. 60)

Parece claro que não admitisse o princípio da insignificância da lesão, como elemento descaracterizador do crime pre

visto no § 6º do art. 129 do Código Penal, não faria o acórdão tais considerações, pois o certo é que o tem como matéria de defesa, aludindo à necessidade de prova clara a respeito.

Ocorre, porém, que segundo entendo, a prova se encontra nos autos. Incabível que, meses depois, sem mais nenhum vestígio físico resultante do trauma, outras provas pudessem ser produzidas. E dos autos o que se tem é que, como consequência do choque de veículos, ficou a vítima com pequena equimose em uma coxa, com apenas três centímetros no maior diâmetro, do que nada resultou de mais sério, como ela o declarou posteriomente ao depor na Polícia, chegando mesmo a dizer que não tinha qualquer interesse no prosseguimento do inquérito.

Deste modo, tendo-se que o acórdão inegavelmente admite, conforme considerações que antes reproduzi, o princípio da insignificância da lesão, e que a prova dos autos - e seguramente outras já não seria possível obter mais de um ano depois - mostram que inexpressiva foi realmente a lesão sofrida pela vítima, tenho que não é de deixar-se prosseguir a ação penal que a nenhum resultado chegaria, só mais sobrecarregando os serviços da Justiça e incomodando inutilmente a própria vítima.

A lesão corporal leve pode, a meu ver, justificar a ação penal, mas aquela que praticamente nada representa tenho-a como não caracterizando delito penal.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso. A levarmos ao extremo rigor o disposto no art. 129, § 6º, da Lei Penal, as Varas Criminais de Trânsito não suportariam o volume de processos que as onerariam.

É o meu voto.

*****

*Supremo Tribunal Federal*

SEGUNDA TURMA

**194**

EXTRATO DA ATA

01539020
04190660
08894000
00000430

RHC 66.869-1 - PR
Rel.: Ministro Aldir Passarinho. Recte.: Vera Maria Nunes Deutscher (Adv.: Walter Borges Carneiro). Recdo.: Tribunal de Alçada do Estado do Paraná.

Decisão: Provido o recurso nos termos do voto do Relator. Unânime. 2a. Turma, 06.12.88.

Presidência do Senhor Ministro Djaci Falcão.
Presentes à sessão os Senhores Ministros Aldir Passarinho, Francisco Rezek e Carlos Madeira. Licenciado o Sr. Ministro Célio Borja.

Subprocurador-Geral da República, o Dr. Mauro Leite Soares.

HELIO FRANCISCO MARQUES
Secretário

**9.2.** ***HC 70.747-5/RS***

*Supremo Tribunal Federal*

SERVIÇO DE JURISPRUDÊNCIA
D. J. 07.06.96
EMENTÁRIO Nº 1 8 3 1 - 0 1

97

HABEAS CORPUS Nº 70747-5 RIO GRANDE DO SUL

Paciente : ANDRE ALLEGRETTI
Impetrante: LUIS LUISI
Coator : TRIBUNAL DE ALÇADA CRIMINAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

0018310100
0349070740
0710000070

EMENTA: HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL. DELITO DE TRÂNSITO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ANÁLISE DE CADA CASO.

Somente a análise individualizada, atenta às circunstâncias que envolveram o fato, pode autorizar a tese da insignificância. A natureza do ocorrido, bem como a vida pregressa do paciente, não permitem acolher a tese da singeleza.

Habeas corpus indeferido.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, em indeferir o **habeas corpus**.

Brasília, 07 de dezembro de 1993.

**NÉRI DA SILVEIRA - PRESIDENTE**

**FRANCISCO REZEK - RELATOR**

12

12

TF - 152-083

HABEAS CORPUS Nº 70.747-5 RIO GRANDE DO SUL

Paciente : ANDRE ALLEGRETTI
Impetrante: LUIZ LUISI
Coator : TRIBUNAL DE ALÇADA CRIMINAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

R E L A T Ó R I O

0018310100
0349070740
0720000000

**O SR. MINISTRO FRANCISCO REZEK:** - O parecer do Ministério Público Federal, de lavra do Subprocurador-Geral Mardem Costa Pinto, assim expõe e aprecia o caso:

"André Allegretti dirigia sua moto em velocidade incompatível para o local, na cidade de Erechim-RS, quando foi abordado por policiais militares que, verificando a falta de placa no veículo, tencionavam apreendê-la.

2. Sabedor disso, o paciente acionou a motocicleta inopinadamente, atropelou um dos policiais e partiu 'em disparada, pela contramão de direção', (fls. 28), causando na vítima as lesões descritas no laudo de fls. 16.

3. Foi processado e condenado pelo MM. Juiz daquela comarca à pena de sete meses de detenção, por infração ao art. 129, § 6º, do Código Penal, sem direito ao **sursis** e o de apelar em liberdade,

TF - 103-803

estabelecido o regime fechado para o início de cumprimento da pena, por ser reincidente e não preencher os requisitos do artigo 77, da Lei Penal.

4. Inconformado apelou para o egrégio Tribunal de Alçada Criminal do Rio Grande do Sul que deu provimento parcial ao apelo para reduzir a reprimenda para quatro meses de detenção, conceder a suspensão condicional da pena, mas não acatou a tese da insignificância da lesão, acolhida somente pelo Juiz Aristides Pedroso da Albuquerque Neto, com voto vencido.

5. Com idênticos argumentos, isto é, buscando a aplicação da tese da insignificância da lesão, o Dr. Luiz Luisi impetra a presente ordem de **habeas corpus**.

6. Entendemos que o **habeas corpus** deve ser conhecido mas, no mérito, denegada a ordem.

7. É conhecida a controvérsia, existente tanto na doutrina como na jurisprudência, a respeito do chamado princípio da insignificância.

8. Apesar dos respeitáveis argumentos apresentados pelos que adotam a teoria em debate, estamos ao lado dos que rejeitam a mesma.

9. É que a legislação penal brasileira, não



STF - 180-693

contemplando as chamadas causas supralegais de exclusão de crime ou de culpabilidade, exclui a possibilidade de aplicação do chamado princípio da insignificância, como aliás já decidiram o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, como se vê das ementas a seguir transcritas:

10. **'EMENTA:**

'...
Improcedência, também, da alegação de cerceamento de defesa. Em nosso sistema jurídico não é admissível a teoria das causas supralegais de exclusão de crime ou de culpabilidade.

Correto, pois, na formulação dos quesitos, a alusão ao estado de necessidade e não à inexigibilidade de conduta diversa.' - **HC 66.192-MS, DJ 21.11.88 - p. 31.064.**

'EXCLUSÃO DE ILICITUDE - Descaracterização - 'Vício de vontade' originador do ato criminoso alegado - Afirmação imprecisa e indeterminada, que não serve ao afastamento da punibilidade - Causas excludentes, ademais, exaustivamente enumeradas pelo legislador - Imputabilidade não excluída pela emoção ou paixão - Condenação mantida -

> Aplicação do art. 28, I, do CP.
>
> ...
>
> Ademais, em Direito Penal as causas excludentes da criminalidade ou as dirimentes da punibilidade são exaustivamente enunciadas pelo legislador, sem margem a aplicações hermenêuticas, sem possibilidade de alargamento jurisprudencial ou doutrinário.'

10. O nosso sistema repressivo, ao adotar a bipartição entre crimes e contravenções, estas últimas regulando os chamados 'crimes anões', com previsões amplas e genéricas, acabou por criar, sabiamente, uma escala de repressão, de modo a que a punição pelas transgressões de menor porte (contravenções) funcione como advertência, demonstrando ao cidadão que existem regras de comportamento moral e ético que precisam ser observadas, e a que a transgressão das mesmas motivam a imposição de uma sanção penal equivalente e progressiva.

11. A punição dos chamados 'crimes anões' tem evidente sentido profilático, e que inibe, em muitos casos, eventual progressão criminosa, verdadeiro objetivo da lei das contravenções penais, objetivo este que estaria sendo perigosamente contornado com a adoção do princípio da insignificância, de evidente conteúdo criminógeno, já que estimula o delinqüente em potencial a progredir no caminho da ilicitude e a

realizar sua vocação criminosa.

12. De qualquer forma não seria o caso de aplicação da teoria em debate ao caso em apreciação, uma vez que mesmo aqueles que a adotam observam que não pode ser aplicada indistintamente, preconizando a observância de certos critérios, como se observa do que foi decidido pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Tribunal Regional Federal de 1ª Região:

> 'EMENTA - Penal e Processual.
> ...
> Princípio da bagatela. Exclusão da tipicidade. Impossibilidade.
> ...
> II - Os documentos, mais que o porta-fitas, têm valor para a vítima. A expedição de segunda-via é trabalhosa e onerosa. Logo, mesmo que se entendesse, não se poderia aplicar **in casu** o denominado "princípio da bagatela ou da insignificância." - **STJ - RHC 2.119-RS - DJ 10.05.9 - p. 8.647.**

> 'EMENTA: Penal
> Princípio da insignificância.
> 1. Na aplicação do princípio, o qual elimina o tipo por antijuridicidade, deve o julgador, parcimoniosamente, avaliar não apenas a repercussão econômica do proceder, mas os interesses atingidos e a importância



EP - 003-893

da conduta dentro do contexto social.

..." - **TRF - 1ª Região - Apelação Criminal nº. 112.103-PI- DJ 18.12.89.**

13. O cuidado, a parcimônia, a excepcionalidade da aplicação do princípio, têm sua razão de ser, porque a lesão, o prejuízo, o dano , devem ser avaliados em cada caso concreto, não apresentando eles os mesmos resultados e efeitos em todos os delitos, envolvendo, ainda, aspectos subjetivos, dependendo das condições materiais, morais e psicológicas da vítima, por exemplo: a **res furtiva** terá valor significativo, ou não, de acordo com as posses e a situação financeira do lesado; a injúria nem sempre atingirá o desclassificado moral, mas afetará profundamente o cidadão de personalidade ilibada, ou que ocupe posição de destaque social; uma lesão corporal, ainda que leve, prejudicará mais a criança, o idoso, ou a mulher; a lesão deixa de ser simples quando sofrida por policiais, que no cumprimento de sua atividade, é atropelado pelo condutor da moto, que agiu bruscamente, desrespeitosamente, quando tinha o dever de obediência e temporária submissão.

14. Cada caso deverá ser analisado de per si, com o estudo de todas as circunstâncias que envolveram o fato e que podem descaracterizar a singelesa ou a insignificância.

15. Tais regras, por todos os títulos salutares, podem e devem ser aplicadas no deslinde do presente caso, pois nostram que o paciente, antes de merecer o beneplácito e a compreensão, deve ser punido com um aviso, uma chamada de atenção, uma advertência.

16. Não está em discussão apenas uma lesão considerada de pequena monta. Uma série de circunstâncias outras carecem de ser sopesadas: O paciente trafegava em via pública, com velocidade imprópria, em veículo sem placa, a descarga aberta; discutiu com policiais, desatendeu suas determinações lícitas e em atitude desrespeitosa deixou o local sem autorização, em disparada e pela contramão (fls. 28).

17. É reincidente, já condenado por desacato e desobediência a outros policiais. Mesmo seu antigo advogado reconheceu que ...'durante certo tempo de sua juventude teve uma conduta censurável no uso dos veículos no centro urbano, praticando 'cavalo de pau', ou abusando de velocidade ...'. Passou a ser '... perseguido por policiais, que o mantinham sob constante vigilância, mas ele sempre conseguia um meio de evadir-se.' (fls. 67).

18. Pessoas da estirpe do paciente, que não possuem um senso crítico, com freio inibitório dos arroubos da juventude e que, se não fazem parte do imenso rol dos 'filhinhos do papai', dos quais recebem todas as condições para a prática das estrepolias e



STF - 182-003

depois o apoio moral quando erram, pelo menos não recebem dos genitores a necessária orientação, somente o império da justiça poderá atingi-los e obstá-los das práticas hoje, de pequenas infrações, amanhã de grandes delitos. Não seria esta a razão do rigor empregado pelo Magistrado que o condenou, conhecedor de seu passado pouco recomendável?

19. Ante o exposto, opinamos no sentido de que seja conhecido o presente **habeas corpus**, mas denegada a ordem." (fls. 105/110)

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 70.747-5 RIO GRANDE DO SUL

V O T O

**O SR. MINISTRO FRANCISCO REZEK (Relator): -** O Ministério Público Federal é preciso no que propõe. O fato de não termos no Brasil uma consciência generalizada de que os delitos culposos têm também sua repressão, e é socialmente inperioso que a tenham, não elide a hipótese de que alguém agindo de forma negligente ou imprudente, causando dano a outrem, sofra reprimenda. Como disse no HC 69.838-7, sob minha relatoria, não me habituo com facilidade a essa ainda proverbial resistência, na sociedade brasileira, à idéia de que os delitos de trânsito devem ter sua repressão provida eficazmente pela justiça.

0016310100
0349070740
0730013960

No caso em análise, temos uma lesão corporal sofrida por policial no exercício de suas funções. O guarda foi atropelado pelo paciente que agiu de forma brusca e em desobediência à autoridade de trânsito. Sustenta a impetração o "princípio da insignificância", posto que a lesão provocada foi inexpressiva, para pleitear a atipicidade da conduta. Conquanto provoque tal princípio significativo debate doutrinário, estimo correto o entendimento da Procuradoria ao sustentar que somente a análise individualizada de cada caso, tendo-se em atenção as circunstâncias que envolveram o fato, pode ou não autorizar a tese da insignificância. Na hipótese, as circunstâncias fáticas do ocorrido, bem assim a vida pregressa do paciente não me

permitem acolher a tese da singeleza. Não bastasse a gravidade do fato, registra-se a reicindência do paciente, já condenado por desacato e desobediência a outros policiais.

Tais as circunstâncias, indefiro o pedido.

*Supremo Tribunal Federal*

SEGUNDA TURMA

108

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS N. 70.747-5
ORIGEM : RIO GRANDE DO SUL
RELATOR: MIN. FRANCISCO REZEK
PACTE. : ANDRÉ ALLEGRETTI
IMPTE. : LUIZ LUISI
COATOR.: TRIBUNAL DE ALÇADA CRIMINAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

**Decisão:** Por unanimidade, a Turma indeferiu o *habeas corpus*. 2a. Turma, 07.12.93.

Presidência do Senhor Ministro Nâri da Silveira. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Paulo Brossard, Carlos Velloso, Marco Aurélio e Francisco Rezek.

Subprocurador-Geral da República, o Dr. Francisco José Teixeira de Oliveira.

0018310100
0349070740
0740000080

José Nílson Aragão.
Secretário.

**9.3.** ***AC 439-1/SP***

Supremo Tribunal Federal 37
Coordenadoria de Análise de Jurisprudência
DJe nº 30 Divulgação 12/02/2009 Publicação 13/02/2009
Ementário nº 2348 - 1

**12/06/2008** **TRIBUNAL PLENO**

**AÇÃO PENAL 439-1 SÃO PAULO**

| | | |
|---|---|---|
| **RELATOR** | : | **MIN. MARCO AURÉLIO** |
| **REVISOR** | : | **MIN. GILMAR MENDES** |
| AUTOR(A/S)(ES) | : | MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL |
| RÉU(É)(S) | : | CLODOVIL HERNANDES |
| ADVOGADO(A/S) | : | SANDRO SILVA DE SOUZA |

CRIME - INSIGNIFICÂNCIA - MEIO AMBIENTE. Surgindo a insignificância do ato em razão do bem protegido, impõe-se a absolvição do acusado.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal em julgar improcedente a ação, nos termos do voto do relator e do revisor, por unanimidade, em sessão presidida pelo ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 12 de junho de 2008.

MARCO AURÉLIO - RELATOR

STF - Seção de Composição de Acórdãos

**12/06/2008** **TRIBUNAL PLENO**

**AÇÃO PENAL 439-1 SÃO PAULO**

| | | |
|---|---|---|
| **RELATOR** | : | **MIN. MARCO AURÉLIO** |
| **REVISOR** | : | **MIN. GILMAR MENDES** |
| AUTOR(A/S)(ES) | : | MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL |
| RÉU(É)(S) | : | CLODOVIL HERNANDES |
| ADVOGADO(A/S) | : | SANDRO SILVA DE SOUZA |

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - A Assessoria assim retratou as balizas desta ação penal:

> Consta do processo que o Ministério Público do Estado de São Paulo ofereceu denúncia contra Clodovil Hernandes, em 9 de outubro de 2003, imputando-lhe a prática do delito previsto no artigo 40 da Lei nº 9.605/98. Recebida a peça acusatória e designada a data para a realização do interrogatório, o réu, apesar de citado e intimado, não teria atendido ao chamamento judicial, sendo decretada a revelia em 9 de março de 2006, após transcorridos dois anos do recebimento da denúncia (folha 189). Houve a audiência de instrução, com oitiva das testemunhas arroladas pelo Ministério Público estadual (folha 199 a 228). Em virtude da investidura do réu no cargo de Deputado Federal, o processo foi remetido ao Supremo (folha 232).
>
> O Ministério Público Federal, à folha 238 à 240, manifestou-se pelo prosseguimento da ação penal na fase em que esta se encontrava - na do artigo 10 da Lei nº 8.038/90, realização de diligências. As partes nada requereram.
>
> Em alegações finais (folha 304 a 340), a defesa argüiu nulidade da decretação da revelia, pois, no que concerne às intimações regularmente efetivadas, o não-comparecimento do réu para a audiência de interrogatório estava justificado com atestados médicos e teriam sido admitidos os pedidos de adiamento da sessão pelo Juízo, como se vê às folhas 91, 94 e 114. Na seqüência, sustentou a falta de justa causa para a ação penal, ante o princípio da insignificância. Conforme Relatório de Vistoria de Campo nº 17/2002, elaborado pela Coordenadoria de Informações Técnicas, Documentação e Pesquisa Ambiental - Instituto Florestal, Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo, à folha 22 à 24, o suposto dano teria alcançado a área de 0,0652 hectares - equivalente a 652 metros quadrados -, sendo que o custo para a recuperação do terreno é de R$ 130,40 (cento e trinta reais e quarenta centavos). Afirmou, também, a inépcia da denúncia, por faltar a prova da materialidade do

delito - o laudo pericial teria sido formalizado somente por um perito, o que estaria em desacordo com o artigo 159 do Código de Processo Penal -, e a nulidade por ausência de intimação do advogado constituído e do réu para a oitiva de testemunha por carta precatória, bem assim para requerer diligências. Relativamente ao mérito, aduz serem precárias as provas produzidas, acentuando as contradições verificadas nos diversos depoimentos das testemunhas arroladas pela acusação e a dúvida quanto à transposição das fotos anexadas à folha 25 à 30 - prova emprestada -, por terem sido extraídas do Processo nº 1.361/98, que não está ligado ao fato em apuração. Destaca, à folha 322, que o réu tem problemas pessoais com alguns vizinhos, insatisfação gerada em face das tentativas de vendas empreendidas sem êxito.

A defesa, com amparo no princípio da eventualidade, se acaso não for rejeitada a denúncia, pede que, na hipótese de imposição de pena privativa de liberdade, seja a sanção substituída por uma restritiva de direitos, por cuidar-se de crime de menor potencial ofensivo, descrito no artigo 38-A da Lei nº 9.605/98.

O Procurador-Geral da República, em alegações finais (folha 360 a 364), manifesta-se pela absolvição do réu Clodovil Hernandes, dada a aplicação do princípio da insignificância.

Registro que, conforme documento de folha 69, antes da diplomação do réu como candidato eleito para o exercício do cargo de Deputado Federal e da remessa do processo ao Supremo, o Ministério Público estadual deixou de oferecer proposta de suspensão condicional do processo, tendo em conta o fato de o réu estar respondendo à Ação Penal nº 137/99, em curso na 2ª Vara da Comarca de Ubatuba, Estado de São Paulo, na qual fora denunciado por suposta infração ao artigo 40, § 1º, da Lei nº 9.605/98 - dano ao meio ambiente -, combinado com o artigo 69 do Código Penal (4 vezes), e, ainda, ao artigo 48 da aludida lei. Consoante a certidão de folha 80, os fatos apurados na referida ação penal aconteceram em 13 de maio de 1998, a denúncia fora recebida em 30 de outubro de 2000 e o processo encontrava-se concluso para formalização de sentença em 16 de março de 2004.

As anotações constantes nas cópias das fotos que instruem esta ação penal - folha 25 a 30 - dizem respeito ao Procedimento nº 1.361, do ano de 1998, época em que ocorridos os fatos em apuração na ação penal mencionada.

É o relatório.

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - A manifestação do Titular da ação penal procede. Trata-se, na espécie, de prática cuja significação jurídica é de menor importância. Teria sido alterado o meio ambiente visando à construção de rua, considerado o Parque Estadual da Serra do Mar e área pertencente a Vitor Godinho da Silva. Lançaram-se mourões de concreto e arame galvanizado, calçando-se a estrada aberta com pequenos blocos de plantas exóticas para ornamentação. Pois bem, o perito que atuou no caso, integrante do Instituto Florestal da Secretaria do Meio Ambiente, constatou abrangência mínima, ou seja, de 0,0652 hectares. Então estimou a recuperação da área mediante gasto de cento e trinta reais.

Conforme lição de Francisco de Assis Toledo, contida em Princípios Básicos de Direito Penal, "segundo o princípio da insignificância, que se revela inteiro por sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas". Sufragando essa óptica, a Segunda Turma, ao julgar o *Habeas Corpus* nº 92.463-8/RS, relator ministro Celso de Mello, ressaltou o princípio da intervenção mínima do Estado em matéria penal. A circunstância de ter-se como bem protegido o meio ambiente não é de molde a afastar esse entendimento.

Em síntese, o fato apurado não consubstancia tipicidade suficiente a levar à condenação penal, presente a peculiaridade de se cogitar de desmatamento de vegetação capoeira em estágio inicial, conforme retratado na acusação (folha 2). Voto pela absolvição do paciente, tal como preconizado pelo Procurador-Geral da República.

**AÇÃO PENAL 439-1 SÃO PAULO**

| | | |
|---|---|---|
| **RELATOR** | : | **MIN. MARCO AURÉLIO** |
| **REVISOR** | : | **MIN. GILMAR MENDES** |
| AUTOR(A/S)(ES) | : | MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL |
| RÉU(É)(S) | : | CLODOVIL HERNANDES |
| ADVOGADO(A/S) | : | SANDRO SILVA DE SOUZA |

**V O T O**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - (Revisor): Em 9 de outubro de 2003, o Ministério Público do Estado de São Paulo (MPE/SP) ofereceu denúncia perante o Juízo da 1ª Vara da Comarca de Ubatuba/SP em face de CLODOVIL HERNANDES pela suposta prática do delito previsto no art. 40 da Lei nº 9.605/1998 (fls. 2-3).

Em 26 de novembro de 2003, a inicial acusatória foi recebida (fl. 73-verso).

Devidamente citado e intimado (fls. 94, 103/104, 116/117, 132, 145/146 e 185/186), o denunciado não atendeu ao chamamento judicial, sendo decretada a sua revelia em 9 de março de 2006 - mais de 2 anos após o recebimento da denúncia (fl. 189).

Iniciada a instrução, foram ouvidas as testemunhas arroladas pela acusação (fls. 199/200, 201/202, 203, 204/205 e 228), ressaltando-se a desistência manifestada pela acusação com relação à testemunha DOUGLAS DA SILVA MENEZES (fl. 194).

Em face da diplomação do denunciado no cargo de Deputado Federal, o Juiz da 1ª Vara Judicial da Comarca de Ubatuba/SP determinou a remessa do feito ao Supremo Tribunal Federal (fl. 233).

O Ministro Relator Marco Aurélio, em 30 de junho de 2007, determinou a reautuação do processo como ação penal e a intimação

das partes para o requerimento de diligências que considerassem necessárias nos termos do art. 10 da Lei nº 8.038/1990 (fl. 244).

As partes nada requereram na fase do art. 10 da Lei nº 8.038/1990 (fl. 253).

Prosseguindo no feito, o Ministro Marco Aurélio determinou a observância do art. 11 da Lei nº 8.038/1990 (fl. 254).

O Ministério Público Federal (MPF), pelo Procurador-Geral da República Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, apresentou alegações finais nos seguintes termos:

> "[...] 8. Descreveu a denúncia que CLODOVIL HERNANDES causou danos diretos à Unidade de Conservação do Parque Estadual da Serra do Mar ao contratar pessoas que, por meio de terraplanagem, desmataram vegetação capoeira em estágio inicial e construíram uma estrada calçada.
>
> 9. As testemunhas comprovaram que o aterro e a instalação de bloquetes - que configuraram o dano à Unidade de Conservação - foram feitos por ordem do parlamentar com a finalidade de melhorar o acesso à sua residência (fls. 199/200, 201/202, 203, 204/205 e 228).
>
> 10. Ocorre que a área alterada pelo réu, segundo o Relatório de Vistoria de Campo realizado pelo Instituto Florestal da Secretaria do Meio Ambiente (fls. 22/30), foi de pequena extensão (0,0652 hectares) [...].
>
> 11. De acordo com a estimativa feita pelo perito do custo de recuperação da área - R$ 2.0000,00 por hectare - o custo previsto para a recuperação da área devastada pelo denunciado é de aproximadamente R$ 130,00.
>
> 12. Assim, muito embora tenham sido comprovadas a autoria e a materialidade do delito, a pequena extensão da área desmatada não justifica a imposição de uma sentença penal condenatória, uma vez que a atividade não afetou significativamente o meio ambiente.
>
> 13. Para o Professor FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, 'segundo o princípio da insignificância, que se revela inteiro por sua própria denominação, o direito

penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas'.

14. Apesar das discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca da aplicação do princípio da insignificância penal em crimes contra o meio ambiente, prevalece o entendimento de que deve o julgador considerar as circunstâncias do caso concreto para aferir a relevância da conduta imputada ao infrator em relação ao meio ambiente e ao equilíbrio ecológico.

15. Essa corte já reconheceu que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público:

> "PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGITIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DELITO DE FURTO SIMPLES, EM SUA MODALIDADE TENTADA - '*RES FURTIVA*' NO VALOR (ÍNFIMO) DE R$ 20,00 (EQUIVALENTE A 5,26% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) - DOUTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF - PEDIDO DEFERIDO. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: '*DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR*'. - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo

> somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social [HC nº 92.463/RS, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, unânime, *DJ* 31.10.2007].

Com estas razões, requeiro seja o denunciado CLODOVIL HERNANDES absolvido da imputação criminal, dada a aplicação do princípio da insignificância" - (fls. 360-364).

A defesa de CLODOVIL HERNANDES apresentou alegações escritas, aduzindo, em síntese:

a) preliminar de nulidade da decretação da revelia do acusado;

b) falta de justa causa para a ação penal em face da aplicação do princípio da insignificância;

c) falta de prova da materialidade do delito considerando que o laudo pericial fora elaborado apenas por um perito criminal;

d) nulidade do feito ante a ausência de intimação da defesa da expedição de carta precatória para a oitiva de testemunha da acusação;

e) nulidade da intimação direta do acusado para requerer diligências na fase do art. 10 da Lei nº 8.038/1990;

f) atipicidade do fato pela inexistência de dano efetivo à área de preservação permanente; e

g) pleiteia, por fim, que caso seja recebida a denúncia, o acusado possa responder pelo tipo descrito no art. 38-A da Lei nº 9.605/1998.

O art. 40 da Lei nº 9.605/98 prevê pena de reclusão, de um a cinco anos, para quem "*causar dano direto ou indireto às Unidades de Conservação e às áreas de que trata o art. 27 do Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990, independentemente de sua localização*".

Como se pode constatar, a norma penal protege o valor fundamental do meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, assegurado pelo art. 225 da Constituição da República.

A finalidade do Direito Penal é justamente conferir uma proteção reforçada aos valores fundamentais compartilhados culturalmente pela sociedade. Além dos valores clássicos, como a vida, liberdade, integridade física, a honra e imagem, o patrimônio etc., o Direito Penal, a partir de meados do século XX, passou a cuidar também do meio ambiente, que ascendeu paulatinamente ao posto de valor supremo das sociedades contemporâneas, passando a compor o rol de direitos fundamentais ditos de 3ª geração incorporados nos textos constitucionais dos Estados Democráticos de Direito.

Parece certo, por outro lado, que essa proteção pela via do Direito Penal justifica-se apenas em face de danos efetivos ou potenciais ao valor fundamental do meio ambiente; ou seja, a conduta somente pode ser tida como criminosa quando degrade ou no mínimo traga algum risco de degradação do equilíbrio ecológico das espécies

e dos ecossistemas. Fora dessas hipóteses, o fato não deixa de ser relevante para o Direito. Porém, a responsabilização da conduta será objeto do Direito Administrativo ou do Direito Civil. O Direito Penal atua, especialmente no âmbito da proteção do meio ambiente, como *ultima ratio*, tendo caráter subsidiário em relação à responsabilização civil e administrativa de condutas ilegais. Esse é o sentido de um Direito Penal mínimo, que se preocupa apenas com os fatos que representam graves e reais lesões a bens e valores fundamentais da comunidade.

No caso em questão, o réu, segundo consta da denúncia de fls. 2/3:

> "causou danos diretos à Unidade de Conservação do Parque Estadual da Serra do Mar, consistente em desmatamento de vegetação capoeira em estágio inicial, bem como aterro por meio de terraplanagem e construção de uma estrada calçada" - (fl. 2).

Consta também da inicial acusatória que o denunciado suprimiu vegetação capoeira em estágio inicial e aterrou o local por meio de terraplanagem a fim de construir uma rua, em uma área de 0,0652 hectares no interior do Parque Estadual da Serra do Mar, área esta pertencente a Vitor Godinho da Silva.

As circunstâncias do caso concreto levam-me a crer que a área alterada pelo réu foi de pequena extensão, não constituindo fato relevante para o Direito Penal.

No caso, portanto, há que se realizar um juízo de ponderação entre o dano causado pelo agente e a pena que lhe será imposta como conseqüência da intervenção penal do Estado. A análise da questão, tendo em vista o princípio da proporcionalidade, pode justificar, dessa forma, a ilegitimidade da intervenção estatal por meio do processo penal.

A jurisprudência desta Corte tem sido no sentido de que a insignificância da infração penal, que tenha o condão de descaracterizar materialmente o tipo, impõe o trancamento da ação penal por falta de justa causa (HC nº 92.411/RS, Rel. Min. Carlos Britto, 1ª Turma, unânime, DJ 9.5.2008; HC nº 88.393/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, 2ª Turma, unânime, DJ 8.6.2007; HC nº 84.687/MS, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, unânime, DJ 27.10.2006; HC nº 84.412/SP, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, unânime, DJ 19.11.2004; e HC nº 83.526/CE, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 1ª Turma, unânime, DJ 7.5.2004).

Para a incidência do princípio da insignificância só se consideram aspectos objetivos, referentes à infração praticada, assim a mínima ofensividade da conduta do agente; a ausência de periculosidade social da ação; o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; a inexpressividade da lesão jurídica causada (HC nº 84.412/SP, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, unânime, DJ 19.11.2004).

Destaco, que, no caso em apreço, o prejuízo material foi insignificante (R$ 130,40) e que a conduta não causou lesividade relevante à ordem social.

Entendo, portanto, pela aplicação do princípio da insignificância tendo em vista o atendimento de seus requisitos objetivos.

Sendo atípica a conduta, em razão da insignificância, a denúncia deveria ter sido rejeitada, nos termos do artigo 43, inciso I, do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, voto no sentido de acolher o parecer ministerial para julgar improcedente a ação penal e absolver o acusado.

**PLENÁRIO**

**EXTRATO DE ATA**

**AÇÃO PENAL 439-1**
PROCED. : SÃO PAULO
**RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO**
**REVISOR : MIN. GILMAR MENDES**
AUTOR(A/S)(ES) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
REU(É)(S) : CLODOVIL HERNANDES
ADV.(A/S) : SANDRO SILVA DE SOUZA

**Decisão**: O Tribunal, por unanimidade, nos termos do voto do relator e do revisor, Ministro Gilmar Mendes (Presidente), julgou improcedente a ação. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 12.06.2008.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cármen Lúcia e Menezes Direito.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

p/Luiz Tomimatsu
Secretário

STF - 102.892
Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico https://www.stf.gov.br/processos/autenticacao sob o número 271339

**9.3.** ***HC 84.412-0/SP***



*Supremo Tribunal Federal*

COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA
D.J. 19.11.2004
EMENTÁRIO Nº 2173-2

19/10/2004 — SEGUNDA TURMA

**HABEAS CORPUS 84.412-0 SÃO PAULO**

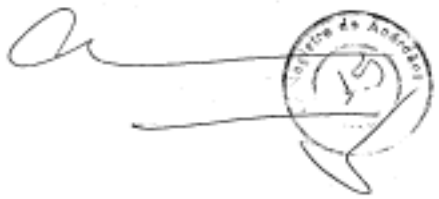
**RELATOR:** **MIN. CELSO DE MELLO**
PACIENTE(S): BILL CLRITON CRISTOVÃO OU
BIL CLEITON CRISTÓVÃO OU
BIL CLEITON CHRISTOFF OU
BIU CLETTON CRISTOVÃO OU
BILL CLEITON CRISTOFF OU
BIL CLETTON CRISTOVÃO
IMPETRANTE(S): LUIZ MANOEL GOMES JUNIOR
COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

E M E N T A: **PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA** - IDENTIFICAÇÃO **DOS VETORES** CUJA PRESENÇA **LEGITIMA** O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - **CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO** DA TIPICIDADE PENAL **EM SEU ASPECTO MATERIAL** - DELITO DE FURTO - **CONDENAÇÃO** IMPOSTA **A JOVEM DESEMPREGADO**, COM APENAS 19 ANOS DE IDADE - "*RES FURTIVA*" **NO VALOR** DE R$ 25,00 (**EQUIVALENTE A 9,61%** DO SALÁRIO MÍNIMO **ATUALMENTE** EM VIGOR) - **DOUTRINA** - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA **JURISPRUDÊNCIA** DO STF - PEDIDO **DEFERIDO**.

**O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL.**

- **O princípio da insignificância** - que deve ser analisado **em conexão** com os postulados da fragmentariedade **e** da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido **de excluir** ou **de afastar** a própria **tipicidade** penal, **examinada** na perspectiva **de seu caráter material**. Doutrina.

Tal postulado - **que considera necessária**, na aferição **do relevo material** da tipicidade penal, **a presença** de certos **vetores**, tais como (**a**) a **mínima** ofensividade da conduta do agente, (**b**) a **nenhuma** periculosidade social da ação, (**c**) o **reduzidíssimo** grau de reprovabilidade do comportamento **e** (**d**) a **inexpressividade** da lesão jurídica provocada - **apoiou-se**, em seu processo de formulação teórica, **no reconhecimento** de que o **caráter subsidiário** do sistema penal **reclama** e **impõe**, em função dos próprios objetivos por ele visados, **a intervenção mínima** do Poder Público.



STF 183.002

**O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: *"DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR".***

- O sistema jurídico **há de considerar** a relevantíssima circunstância de que a **privação** da liberdade **e a restrição** de direitos do indivíduo **somente** se justificam **quando estritamente necessárias** à própria proteção das pessoas, da sociedade **e** de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, **notadamente** naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, **impregnado de significativa lesividade.**

O direito penal **não se deve ocupar** de condutas que produzam resultado, **cujo desvalor** - por não importar **em lesão significativa** a bens jurídicos relevantes - **não represente**, por isso mesmo, prejuízo importante, **seja** ao titular do bem jurídico tutelado, **seja** à integridade da própria ordem social.

A C Ó R D Ã O

**Vistos**, **relatados** e **discutidos** estes autos, **acordam** os Ministros do Supremo Tribunal Federal, **em Segunda Turma**, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, **por unanimidade** de votos, **em deferir** o pedido de "*habeas corpus*" e, **com fundamento no princípio da insignificância**, **em invalidar** a condenação penal imposta ao ora paciente, **determinando**, em conseqüência, **a extinção definitiva** do procedimento penal que contra ele foi instaurado (Processo-crime nº 238/2000-1ª Vara Criminal da comarca de Barretos/SP), **nos termos e para os fins** indicados no voto do Relator.

Brasília, 19 de outubro de 2004.

CELSO DE MELLO - PRESIDENTE E RELATOR

19/10/2004 SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 84.412-0 SÃO PAULO

| | |
|---|---|
| **RELATOR:** | **MIN. CELSO DE MELLO** |
| PACIENTE(S): | BILL CLEITON CRISTOVÃO OU<br>BIL CLEITON CRISTÓVÃO OU<br>BIL CLEITON CHRISTOFF OU<br>BIU CLEYTON CRISTOVÃO OU<br>BILL CLEITON CRISTOFF OU<br>BIL CLEYTON CRISTOVÃO |
| IMPETRANTE(S): | LUIZ MANOEL GOMES JUNIOR |
| COATOR(A/S)(ES): | SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA |

R E L A T Ó R I O

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator):** Trata-se de "*habeas corpus*" impetrado contra acórdão emanado do E. Superior Tribunal de Justiça, que, em sede de **idêntico** processo, **por votação majoritária**, **denegou o** "writ" ao ora paciente, **em decisão assim ementada** (fls. 37):

> "***PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.***
> *I - **No caso de furto**, para efeito de aplicação do **princípio da insignificância**, é imprescindível a distinção entre **ínfimo** (**ninharia**) e **pequeno valor**. **Este**, **ex vi legis**, implica eventualmente em furto privilegiado; **aquele**, na atipia conglobante (dada a mínima gravidade).*
> *II - A interpretação deve considerar o bem jurídico tutelado e o tipo de injusto.*
> ***Writ** denegado."* (**grifei**)

Os **presentes** autos **registram** que o ora paciente, que tinha 19 (dezenove) anos de idade à época do fato, **subtraiu**, para si, fita de vídeo-game, **no valor de R$ 25,00** (**vinte e cinco reais**),

fazendo-o, **aparentemente**, com a intenção de devolvê-la, **consoante** relato constante de depoimento testemunhal (fls. 39).

Consta, ainda, **segundo** essa mesma testemunha, que a vítima "*quis retirar a queixa*" (fls. 22), o que lhe teria sido negado em face do caráter indisponível da ação penal.

**Sustenta-se**, nesta ação de "habeas corpus", que é "*(...)* ***desproporcional*** *uma pena de 08 meses de reclusão,* ***quando se verifica*** *que o bem objeto de subtração* ***possui o valor de R$ 25,00*** *(vinte e cinco reais)* ***e foi recuperado****, ausente, assim,* ***qualquer*** *prejuízo para a vítima*" (fls. 04 - **grifei**).

O ora impetrante - **após afirmar** que "***Não se pode ignorar*** *que o Direito Penal* ***somente*** *deve incidir naquelas situações em que existir uma* ***real*** *violação ao bem jurídico protegido*" (fls. 03) **e que**, "Em outras palavras, ***deve haver uma agressão que justifique*** *a incidência da pesada sanção de natureza penal*" (fls. 03) - **postula a concessão de medida liminar**, para fazer "*cessar a coação ilegal,* ***determinando-se a paralisação*** *do feito originário - Processo nº 238/2000, 1ª Vara Criminal de Barretos - (...), até o julgamento do presente 'writ'*" (fls. 14 - **grifei**).

**Formulou-se**, na presente sede processual, pedido de medida liminar, **que foi por mim deferido** (fls. 55/60), **em decisão** que está assim ementada (fls. 55):

> "***PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.*** *IDENTIFICAÇÃO* ***DOS VETORES*** *CUJA PRESENÇA* ***LEGITIMA*** *O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL.* ***CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO*** *DA TIPICIDADE PENAL,* ***EM SEU ASPECTO MATERIAL.*** *DELITO DE FURTO.* ***CONDENAÇÃO*** *IMPOSTA* ***A JOVEM DESEMPREGADO,*** *COM APENAS 19 ANOS DE IDADE. 'RES FURTIVA' NO* ***VALOR*** *DE R$ 25,00 (****EQUIVALENTE A 9,61%*** *DO SALÁRIO MÍNIMO* ***ATUALMENTE*** *EM VIGOR).* ***DOUTRINA.*** *CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA* ***JURISPRUDÊNCIA*** *DO STF.* ***CUMULATIVA OCORRÊNCIA,*** *NA ESPÉCIE, DOS REQUISITOS* ***PERTINENTES*** *À PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO* ***E*** *AO 'PERICULUM IN MORA'. MEDIDA LIMINAR* ***CONCEDIDA.***"

O **Ministério Público Federal**, em parecer da lavra da ilustre Subprocuradora-Geral da República, Dra. DELZA CURVELLO ROCHA, **opinou pela denegação** da ordem de "*habeas corpus*", **por entender inaplicável**, à espécie, **o princípio da insignificância** (fls. 81/89).

**É o relatório.**

V O T O

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator):** O exame da presente causa **propõe**, desde logo, **uma indagação: revela-se aplicável**, ou não, **o princípio da insignificância**, quando se tratar, como na espécie, de delito de furto que teve por objeto bem avaliado **em apenas R$ 25,00** (vinte e cinco reais)?

Essa **indagação**, formulada em função da própria "*ratio*" **subjacente** ao princípio da insignificância, **assume** indiscutível relevo de caráter jurídico, **pelo fato** de a "*res furtiva*" **equivaler**, à época do delito, **a 18%** do valor do salário mínimo **então** vigente (janeiro/2000), **correspondendo**, atualmente, **a 9,61%** do **novo** salário mínimo **em vigor** em nosso País.

Como se sabe, **o princípio da insignificância** - que deve ser analisado **em conexão** com os postulados da fragmentariedade **e** da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido **de excluir** ou **de afastar** a própria **tipicidade** penal, **examinada** na perspectiva **de seu caráter material**, consoante assinala **expressivo** magistério doutrinário **expendido** na análise do tema em referência (FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, "**Princípios Básicos de Direito Penal**", p. 133/134, item n. 131, 5ª ed., 2002, Saraiva; CEZAR ROBERTO BITENCOURT, "**Código Penal Comentado**", p. 6, item n. 9, 2002, Saraiva; DAMÁSIO E. DE JESUS, "**Direito Penal - Parte Geral**",

vol. 1/10, item n. 11, "h", 26ª ed., 2003, Saraiva; MAURÍCIO ANTONIO RIBEIRO LOPES, "**Princípio da Insignificância no Direito Penal**", p. 113/118, item n. 8.2, 2ª ed., 2000, RT, **v.g.**).

**O princípio da insignificância** - que considera necessária, na aferição **do relevo material** da tipicidade penal, **a presença** de certos **vetores**, tais como (**a**) a **mínima** ofensividade da conduta do agente, (**b**) a **nenhuma** periculosidade social da ação, (**c**) o **reduzidíssimo** grau de reprovabilidade do comportamento **e** (**d**) a **inexpressividade** da lesão jurídica provocada - **apoiou-se**, em seu processo de formulação teórica, **no reconhecimento** de que o **caráter subsidiário** do sistema penal **reclama** e **impõe**, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público.

**Isso significa**, pois, que o sistema jurídico **há de considerar** a relevantíssima circunstância de que a **privação** da liberdade **e a restrição** de direitos do indivíduo **somente** se justificarão **quando estritamente necessárias** à própria proteção das pessoas, da sociedade **e** de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, **notadamente** naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, **impregnado** de significativa lesividade.

**Revela-se** expressivo, **a propósito** do tema, o **magistério** de EDILSON MOUGENOT BONFIM e de FERNANDO CAPEZ ("**Direito Penal - Parte Geral**", p. 121/122, item n. 2.1, 2004, Saraiva):

> "***Na verdade***, *o princípio da bagatela* **ou** *da insignificância (...)* ***não tem*** *previsão legal no direito brasileiro (...),* ***sendo considerado***, *contudo, princípio auxiliar de determinação* ***da tipicidade***, *sob a ótica da objetividade jurídica.* ***Funda-se*** *no brocardo civil* ***minimis non curat praetor*** *e na conveniência da política criminal.* ***Se*** *a finalidade do tipo penal é tutelar um bem jurídico quando a lesão,* ***de tão insignificante***, *torna-se* ***imperceptível***, *não será possível proceder a seu enquadramento típico,* ***por absoluta falta*** *de correspondência* ***entre*** *o fato narrado na lei* ***e*** *o comportamento iníquo realizado.* ***É que***, *no tipo, somente estão descritos os comportamentos* ***capazes de ofender*** *o interesse tutelado pela norma.* ***Por essa razão***, *os danos* ***de nenhuma monta*** *devem ser considerados* ***atípicos***. *A tipicidade penal* ***está a reclamar*** *ofensa* ***de certa gravidade*** *exercida sobre os bens jurídicos,* ***pois nem sempre ofensa mínima*** *a um bem ou interesse juridicamente protegido* ***é capaz*** *de se incluir no requerimento* ***reclamado*** *pela tipicidade penal,* ***o qual exige ofensa de alguma magnitude*** *a esse mesmo bem jurídico."* (**grifei**)

**Na realidade**, e considerados, de um lado, **o princípio** da intervenção penal mínima do Estado - **que tem por destinatário** o próprio legislador - **e**, de outro, **o postulado** da insignificância - **que se dirige** ao magistrado, **enquanto** aplicador da lei penal ao caso concreto, **na precisa lição** do eminente Professor RENÉ ARIEL DOTTI ("**Curso de Direito Penal - Parte Geral**", p. 68, item n. 51, 2ª ed., 2004, Forense) -, **cumpre reconhecer**, presente esse contexto, que o direito penal **não se deve ocupar** de condutas que produzam resultado,

**cujo desvalor** - por não importar **em lesão significativa** a bens jurídicos relevantes - **não represente**, por isso mesmo, prejuízo importante, **seja** ao titular do bem jurídico tutelado, **seja** à integridade da própria ordem social.

A questão **pertinente** à aplicabilidade do princípio da insignificância - **quando se evidencia** que o bem jurídico tutelado **sofreu** "*ínfima afetação*" (RENÉ ARIEL DOTTI, "**Curso de Direito Penal - Parte Geral**", p. 68, item n. 51, 2ª ed., 2004, Forense) - **assim tem sido apreciada** pela jurisprudência **do Supremo Tribunal Federal**:

> "***ACIDENTE DE TRÂNSITO. LESÃO CORPORAL. INEXPRESSIVIDADE*** *DA LESÃO.* ***PRINCIPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.*** *CRIME* ***NÃO*** *CONFIGURADO.*
> ***Se*** *a lesão corporal (****pequena equimose****) decorrente de acidente de trânsito* ***é de absoluta insignificância****, como resulta dos elementos dos autos - e outra prova não seria possível fazer-se tempos depois -,* ***há de impedir-se que se instaure ação penal*** *(...)."*
> (**RTJ 129/187**, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO - **grifei**)
>
> "*Uma vez verificada a* ***insignificância*** *jurídica do ato apontado como delituoso,* ***impõe-se o trancamento*** *da ação penal,* ***por falta*** *de justa causa."*
> (**RTJ 178/310**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - **grifei**)
>
> "*HABEAS CORPUS. PENAL. MOEDA FALSA. FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA.* ***PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CONDUTA ATÍPICA. ORDEM CONCEDIDA.***
> .....
> ***3.*** *A apreensão de nota falsa com valor* ***de cinco reais****, em meio a outras notas verdadeiras, nas circunstâncias fáticas da presente impetração,* ***não cria lesão considerável*** *ao bem jurídico tutelado,* ***de maneira*** *que a conduta do paciente* ***é atípica****.*

*4. Habeas corpus* **deferido**, *para trancar a ação penal em que o paciente figura como réu."*
(**HC 83.526/CE**, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA - **grifei**)

**Cumpre advertir**, no entanto, que o Supremo Tribunal Federal, **em tema** de entorpecentes (**notadamente** quando se tratar **do delito de tráfico** de entorpecentes) - por considerar **ausentes**, quanto a tais infrações delituosas, **os vetores capazes de descaracterizar**, em seu aspecto material, a própria tipicidade penal - **tem assinalado** que a **pequena** quantidade de substância tóxica apreendida em poder do agente **não afeta nem exclui** o relevo jurídico-penal do comportamento transgressor do ordenamento jurídico, **por entender inaplicável**, em tais casos, o princípio da insignificância (**RTJ** 68/360 - **RTJ** 119/453 - **RTJ** 119/874 - **RTJ** 139/555 - **RTJ** 151/155-156 - **RTJ** 169/976 - **RTJ** 170/187-188 - **RTJ** 183/665 - **RTJ** 184/220).

O **caso** ora em exame, porém, **não versa** matéria **de tráfico** de entorpecentes, **referindo-se**, apenas, a simples delito de furto de um bem cujo valor **é inferior a 10%** do vigente salário mínimo.

**Extremamente pertinentes e oportunas** as observações consignadas **em recentíssima decisão unânime** proferida pelo E. Superior Tribunal de Justiça, **quando** do julgamento **do HC 23.904/SP**, Rel. Min. PAULO MEDINA, **ocasião** em que essa Alta Corte

judiciária, **ao deferir** o "writ" constitucional, **assim se pronunciou (fls. 96/98)**:

> *"É notório que o Direito Penal foi concebido para a tutela dos valores ou interesses mais importantes para o bom convívio e desenvolvimento sociais que, quando identificados e estabelecidas legalmente as condutas que os lesam ou expõem à perigo concreto de lesão, passam a ter status de bem ou objeto jurídico.*
>
> *Cabe salientar que o Código Penal, indica, através das rubricas que identificam seus Títulos, Capítulos e Seções, qual ou quais são os bens jurídicos penalmente protegidos pela norma que inspirou a constituição das figuras típicas neles contidas.*
>
> *O art. 155 está inserido no Título II do Código Penal, ao qual corresponde a rubrica DOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO.*
>
> *À evidência, o patrimônio é o que se tutela com a descrição abstrata da conduta constante do art. 155, CP. Nenhum outro bem jurídico é protegido, sequer de forma secundária, como acontece, por exemplo, com o delito de roubo (art. 157, CP), com o qual se busca resguardar, ainda, a integridade física, a liberdade pessoal e a vida humana.*
>
> *Por outro lado, para que se conclua pela existência do delito, é necessário analisar os três elementos que compõem o conceito analítico de crime, quais sejam, o fato típico, a antijuridicidade e a culpabilidade, necessariamente nesta ordem, de forma que, inexistente o fato típico, prescinde-se da investigação da ilicitude e assim por diante.*
>
> *O fato típico, por sua vez, é formado por quatro requisitos: conduta, resultado, nexo causal e tipicidade.*
>
> *O fato sub judice apresenta, indubitavelmente, os três primeiros requisitos, mas a tipicidade merece análise mais acurada.*
>
> *A tipicidade, classicamente, é vista apenas sob o prisma formal ou, em outras palavras, importa, tão-só, saber se há perfeita adequação da conduta ao tipo penal para concluir sua existência.*
>
> *Contudo, pela função precípua do Direito Penal em proteger interesses e valores relevantes para a sociedade e evitar a sua utilização descomedidamente,*

posicionamentos doutrinários surgiram para demonstrar a prescindibilidade desse ramo jurídico na regência de certos casos concretos.

Para isso, cindiu-se a tipicidade em formal e material. Enquanto aquela representa o conceito clássico de tipicidade, esta é definida como a conduta formalmente típica que causa um ataque intolerável ao objeto jurídico penalmente tutelado.

Ora, por óbvio, **o furto de R$0,15** não gera considerável ofensa ao bem jurídico patrimônio. Conduta sem dúvida reprovável, imoral, mas distante da incidência do Direito Penal.

**Não há**, por outro lado, se falar em prejuízo da vítima para fazer o Direito Penal recair sobre o indigitado agente, porquanto não se considera outra coisa a não ser o **valor** do objeto subtraído.

**Se prejuízo houve**, que seja reparado no âmbito cível, **pois não parece correto** utilizar a esfera criminal para reparação de danos, sob pena de submeter o locatário de imóvel, v.g., devedor e solvente, a processo-crime por estelionato. Sim, mesmo porque causa prejuízo bem maior ao locador.

**Aliás**, esse **é o entendimento** esposado por esta Turma:

> **'RECURSO ESPECIAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE, EM SENDO IRRISÓRIO O VALOR SUBTRAÍDO. RECURSO IMPROVIDO.**
>
> **1.** O Direito Penal, como na lição de Francisco de Assis Toledo, '(...) por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não se deve ocupar de bagatelas.' (in Princípios Básicos de Direito Penal, 3d. Saraiva, pág. 133).
>
> **2.** Cumpre, pois, para que se possa falar em fato penalmente típico, perquirir-se, para além da tipicidade legal, se da conduta do agente resultou dano ou perigo concreto relevante, de modo a lesionar ou fazer periclitar o bem na intensidade reclamada pelo princípio da ofensividade, acolhido na vigente Constituição da República (artigo 98, inciso I).
>
> **3.** O correto entendimento da incompossibilidade das formas privilegiada e qualificada do furto, por óbvio, não inibe a afirmação da atipicidade penal da conduta que se ajusta ao tipo legal do

> *artigo 155, parágrafo 4º, inciso IV, por força do princípio da insignificância.*
>
> **4.** *Em sendo ínfimo o valor da res furtiva, com irrisória lesão ao bem jurídico tutelado, mostra-se, a conduta do agente, penalmente irrelevante, não extrapolando a órbita civil.' (HC 21.750/SP, da minha Relatoria, in DJ 4/8/2003).*
>
> **5.** *Recurso especial improvido. (**RESP 556046/MG**; Fonte DJ DATA:09/02/2004 PG:00219. **Relator Min. HAMILTON CARVALHIDO**)."*

As **considerações** ora expostas **levam-me a reconhecer**, por isso mesmo, **tal como enfatizei** logo no início deste voto, que os fundamentos em que se apóia a **presente** impetração **põem em evidência** questão **impregnada** do maior relevo jurídico, **consistente na descaracterização material** da própria tipicidade penal, **eis que as circunstâncias** em torno do evento delituoso - "*res furtiva*" **no valor** de R$ 25,00, **equivalente**, na época do fato, **a 18%** do salário mínimo **então** vigente **e correspondente**, hoje, **a 9,61%** do **atual** salário mínimo - **autorizam a aplicação**, ao caso, do princípio da insignificância, **como corretamente acentuado** no douto voto vencido do eminente Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA (fls. 39/40), **não obstante** as eruditas observações expostas pelo eminente Ministro FELIX FISCHER (fls. 42/46).

**Sendo assim**, tendo em consideração as razões expostas, **e com apoio** no postulado da insignificância, **defiro** o pedido de "habeas corpus", **para determinar a extinção definitiva** do procedimento penal instaurado contra Bill Cleiton Cristovão **ou** Bil Cleiton Cristóvão **ou** Bil Cleiton Christoff **ou** Biu Cleyton Cristovão **ou** Bill Cleiton



STF 103.001

Cristoff **ou** Bil Cleyton C::istovão (Processo-crime nº 238/2000 - 1ª Vara Criminal da comarca de Barretos/SP), **invalidando**, em conseqüência, a condenação penal que contra ele foi decretada.

**É o meu voto.**

**/lc.**
**/cmm.**
**/elb.**



STF 100800

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

**HABEAS CORPUS 84.412-0**
PROCED.: SÃO PAULO
**RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO**
PACTE.(S): BILL CLEITON CRISTOVÃO OU BIL CLEITON CRISTÓVÃO OU BIL CLEITON CHRISTOFF OU BIU CLEYTON CRISTOVÃO OU BILL CLEITON CRISTOFF OU BIL CLEYTON CRISTOVÃO
IMPTE.(S): LUIZ MANOEL GOMES JUNIOR
COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**Decisão**: A Turma, por votação unânime, **deferiu** o pedido de *habeas corpus* e, **com fundamento no princípio da insignificância, invalidou** a condenação penal imposta ao ora paciente, **determinando**, em conseqüência, **a extinção definitiva** do procedimento penal que contra ele foi instaurado (Processo-crime nº 238/2000-1ª Vara Criminal da comarca de Barretos/SP), **nos termos e para os fins** indicados no voto do Relator. **2ª Turma**, 19.10.2004.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Ellen Gracie, Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo da Rocha Campos.

Carlos Alberto Cantanhede.
Coordenador

# RESUMO

O trabalho foi desenvolvido para analisar a aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes que tutelam bens jurídicos difusos.

O conceito de bem jurídico é o único elemento prévio à legislação com capacidade de limitar materialmente o poder punitivo estatal, sendo inaceitável o seu abandono, relativização ou flexibilização. O bem jurídico difuso é tutelado tendo em vista a proteção e o pleno desenvolvimento do ser humano, e suas características favorecem a tipificação de crimes de perigo abstrato e de crimes cumulativos, sendo inaceitáveis crimes de mera desobediência.

O princípio da insignificância é uma ferramenta interpretativa do tipo penal e deve ser dividido em *insignificância absoluta*, hipótese em que a conduta sequer afeta o bem jurídico abstratamente considerado, apresentando uma ofensividade reduzidíssima e carecendo de tipicidade material; e *insignificância relativa*, hipótese em que se exclui a culpabilidade do agente no caso de ser diminuta a lesão ao bem jurídico individualizado e reduzidíssima a reprovabilidade do agente, devendo o fato ser considerado axiologicamente irrelevante, não havendo necessidade ou merecimento de pena.

As lesões ao bem jurídico difuso atingem apenas indiretamente o indivíduo, ainda que socialmente tomado, e quando o reflexo da lesão ao bem jurídico difuso atingir o indivíduo (de hoje ou do futuro) de forma reduzida, deve ser ela considerada insignificante, sendo a insignificância relativa o instrumento mais compatível com a análise das condutas que se subsumem a crimes de perigo abstrato e a crimes cumulativos.

# ABSTRACT

This work was developed to analyze the applicability of the insignificance principle to the crimes that protect the diffuse juridical chattels.

The juridical chattel is the only element previews to the legislation capable of limiting the punishing power of the State, and it is unacceptable to abandon it, to relativize it or to loosen it. The diffuse juridical chattel is protected to preserve the human being and its full development, and its characteristics facilitate the creation of abstract danger crimes and cumulating crimes, but it is unacceptable crimes of mere disobedience.

The insignificance principle is a interpretative tool for the criminal type and must be divided into *absolute insignificance*, which occurs when the action do not affect the juridical chattel abstractly considered, having a very reduced offensiveness, lacking of material typicality, and *relative insignificance*, which excludes the culpability when it entail a small damage to the juridical chattel individually taken, what makes this action axiologically irrelevant, and the punishment unnecessary and undeserved.

The damages to the juridical chattel strike only indirectly the individual, even when socially taken, and when the reflex of the damage to the juridical chattel strikes the individual (of the present or of the future) in a reduced way, it must be considered insignificant, and the relative insignificance is the most compatible tool to analyze the insignificance of the action that may be considered an abstract danger crime or a cumulating crime.

# RIASSUNTO

Il lavoro é stato realizzato per analizzare l'applicabilità del principio della insignificanza ai delitti che tutelano i beni giuridici diffusi.

Il bene giuridico è l' ùnico elemento anteriore alla legislazione com capacità di limitare materialmente il potere punitivo dello stato, essendo inaccettabili il suo abbandono, relativizzazione o flessibilizzazione. Il bene giuridico diffuso è tutelato in vista della protezione e pieno sviluppo dell'essere umano: le sue caratteristiche favoriscono la caratterizzazione dei delitti di pericolo astratto e cumulativi, essendo inaccettabili i crimini di semplice disobbedienza.

Il principio della insignificanza è uno strumento interpretativo di tipo penale e deve essere dividito in insignificanza assoluta, quando la condotta non tocca nemmeno il bene giuridico considerato astrattamente, apresenta uma offendibilità ridottissima mancando tipicità materiale alla condotta, e insignificanza relativa, che esclude la imputabilitá dell'agente, quando è piccola la lesione del bene giuridico e ridottissima la condannabilità dell' agente. In tal caso il fatto deve essere considerato assiologicamente irrilevante e non ha necessità o merito di pena.

Le lesioni del bene giuridico diffuso toccano appena indirettamente l´ individuo, anche socialmente considerato, e quando il riflesso della lesione del bene giuridico diffuso attinge l'individuo (attuale o futuro) di maniera ridotta, essa deve essere considerata insignificante; in questo caso l´insignificanza relativa è lo strumento più compatibile per l´ analisi dell´ insignificanza delle condotte che si sussumono ai crimini di pericolo astratto e ai crimini cumulativi.